# Erörterungen

aus dem

# Römischen, Deutschen

und

# Württembergischen

# Privatrechte.

Von

**Dr. Carl Georg Wächter**

Kanzler der Universität Tübingen ꝛc.

Drittes Heft.

**Stuttgart.**

Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung.

**1846.**

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Inhalt

## des dritten Heftes.

---

### Zur Lehre
### von den Wirkungen des Prozesses auf das materielle Recht.

Einleitung . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . S. 1.

Zwölfte Erörterung. Die Consumtion und Novation eines Rechtsverhältnisses durch Litis Contestation und richterlches Urtheil. . . . . . . . . . . . S. 2—61.

I. Die prozeßualische Consumtion des älteren Röm. Rechts und ihre praktischen Folgen. S. 3—21.

II. Milderungen des Grundsatzes der prozeßualischen Consumtion. S. 22—35.

III. Völliges Erlöschen des Instituts. S. 35—37. Justinianisches und heutiges Recht; namentlich

1. über die angebliche Novation durch Litis Contestation. S. 38—41

2. über die angebliche negative oder consumirende Function des rechtskräftigen Urtheils und die angebliche Novation durch Dasselbe S. 41—50.

3. Die einzelnen praktischen Folgen des Wegfallens der prozeßualischen Consumtion und Novation. S. 51—61.

Dreizehnte Erörterung. Einfluß der Einleitung des Prozesses, insbesondere der Litis Contestation, auf das Rechtsverhältniß nach Justinianischem und heutigem Rechte. . . . . . . . . . . . S. 62—134.

I. Welcher Prozeßabschnitt entscheidet in der Regel über den Eintritt der einzelnen Wirkungen nach Justinianischem Rechte. S. 63—70.

II. Der regelmäßig entscheidende Prozeßabschnitt nach dem heutigen Rechte. Insbesondere von der Litis Contestation des Canonischen, Deutschen und Württ. Rechts im Verhältnisse zur Justinianischen. S. 70—88.

III. Die einzelnen Wirkungen der Prozeßeinleitung auf das materielle Recht:

1. Wirkungen der Mittheilung der Klage an den Beklagten (Ladungsdecret) S. 89—110.

2. Wirkungen der Einlassung auf die Klage (Litis Contestation). S. 110—120.

IV. Welcher Prozeßabschnitt entscheidet über die Begründung und Statthaftigkeit der Klage. S. 120—134.

Vierzehnte Erörterung. Ueber die Wirkungen eines mit Unrecht freisprechenden Urtheils. . . . . . . S. 135—155

# Zur Lehre von den Wirkungen des Prozesses auf das materielle Recht.

Bekanntlich ist ein anhängig gewordener Prozeß nicht ohne Einfluß auf das materielle Recht selbst, welches den Gegenstand des Prozesses bildet. Ueber diese Einflüsse aber, über ihre Natur und Ausdehnung, über die Abschnitte des Prozesses, an welche sie sich knüpfen, über die Anwendbarkeit einzelner Bestimmungen des Röm. Rechts und über die Weise wie sie mit unsrem Prozesse zu verbinden sind ꝛc., herrscht vieles Schwanken und große Verschiedenheit der Ansichten. Auch enthalten die bei uns geltenden Röm. Rechtsquellen hier noch manche Grundsätze, welche durch die Form, in der sie ausgesprochen sind, als blos historische einem früheren nicht mehr bestehenden Rechte angehörige nicht bezeichnet sind, aber doch entschieden im späteren Röm. Recht mittelbar oder unmittelbar aufgehoben oder modificirt wurden, bei denen man also eben jener Form wegen sehr leicht (wie auch manche Erfahrungen bei Theoretikern und Praktikern aus älterer und neuerer Zeit beweisen) dem Irrthum ausgesetzt wird, sie als noch praktisches Recht zu behandeln. Dieß dürfte eine neuen Behandlung dieser Fragen, hauptsächlich aus den Gesichtspunkten, welche in der Vorrede zum ersten Hefte dieser Erörterungen herausgehoben sind, rechtfertigen.

## Zwölfte Erörterung.

# Die Consumtion und Novation eines Rechtsverhältnisses durch die Litis Contestation und das richterliche Urtheil [1].

Es ist ein natürlicher Grundsatz, daß, wenn es einmal zum Prozesse zwischen zwei Parthieen kommt, die Sache ihre endliche Feststellung durch den richterlichen Ausspruch erhalten soll und man dasselbe Rechtsverhältniß nur einmal [2] zur gerichtlichen Entscheidung bringen kann, daß ferner, wenn einmal der Streitpunkt zwischen den Parthieen vor Gericht gehörig festgestellt ist, diese Feststellung die Grundlage für den zu führenden Prozeß bilden muß. Diesen natürlichen Grundsätzen kann aber leicht durch eine gar zu formelle Auffassung eine zu weit gehende Bedeutung gegeben werden. Es liegt bei ihnen, wenn man sich, wie dieß beim älteren Röm. Rechte der Fall war, von einem strengen Formalismus leiten läßt, nahe, die Sache so aufzufassen, als ob mit Feststellung des Streitpunktes und Rechtsstreites nun das Rechtsverhältniß in der Weise, wie es dadurch zur

---

1) Auch über diese Institute wissen wir erst seit der Auffindung der Institutionen von Gajus Genaueres und Zuverläßiges Gajus III § 180, 181 IV § 103—109. Zu vergl. ist über das ältere Röm. Recht besonders die ausgezeichnete Ausführung von Keller Ueber Litis Contestation 2c. § 8—14 und für das spätere Recht Francke im Arch. f. civil. Prax. Bd. XXIII S. 415—427.

2) D. h. wenn mehrere Instanzen zuläßig sind, in der Durchführung durch alle diese Instanzen.

Entscheidung des Richters gestellt wurde, gleichsam ganz an die Stelle der Klage und des ursprünglichen Verhältnisses, aus welchem geklagt wurde, trete und daß, wenn der Richter sein Urtheil ausspreche, nunmehr dieses Urtheil durchaus die Stelle des durch die Prozeßeinleitung Festgestellten, somit mittelbar auch die Stelle des ursprünglichen Rechtsverhältnisses vertrete. Wirklich faßte auch das ältere Römische Recht die Sache in dieser Art um so mehr auf, als der Prozeß, wenn es zur Verurtheilung des Beklagten kam, im älteren Röm. Recht in der Regel dazu führte, dem Beklagten nicht den Gegenstand des ursprünglichen Rechtsverhältnisses, sondern einen ganz anderen zuzuerkennen (H. II S.15).

## I.

## Die prozessualische Consumtion des älteren Röm. Rechts und ihre praktischen Folgen.

Eine Klage, über welche es zur Litis Contestation (H. II S. 5) kam, welche also dadurch in judicium deducirt (vor den Judex gebracht) und Gegenstand eines anhängigen Prozesses wurde, galt zur Zeit des Formularprozesses (H. II S. 6) dann, wenn in einem legitimum judicium (d. h. in Rom zwischen Bürgern vor einem Judex)[3] über eine personalis actio in jus concepta gestritten wurde, mit dem Rechtsverhältnisse, auf welche sie sich gründete, durch die Litis Contestation ipso jure für aufgehoben oder consumirt, so daß sie in keiner Weise mehr angestellt und das betreffende Rechtsverhältniß in keinem anderen Prozesse mehr geltend gemacht werden konnte (wir nennen dieß mit und seit Keller die directe prozessualische Consumtion). An die Stelle des aufgehobenen Rechtsverhältnisses wurde nun durch die Litis Contestation (gleichsam als ob die Par-

3) Alle andere judicia heißen imperio continentia. Zu diesen gehörten somit, wie Gajus sagt: a) judicia recuperatoria, b) judicia quae sub uno judice accipiuntur interveniente peregrina persona judicis aut litigatoris, c) judicia, quae extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Rom. quam inter peregrinos accipiuntur. Gajus IV, 103—105. Vergl. auch Keller a. a. O. § 12 v. d. Pfordten im Arch. f. civil. Prax. Bd. XXIV S. 143 f.

thieen durch einen Contrakt sich verpflichtet hätten, die Sache so, wie sie durch die Litis Contestation fixirt wurde, lediglich vom eingeleiteten Judicium abhängig zu machen,) [4] zwischen den Partheien eine neue bedingte Obligation gesetzt, welche auf Unterwerfung unter das zu erwartende Urtheil ging und zwar unter ein Urtheil, das, wenn es condemnatorisch war, stets auf eine Geldsumme lauten mußten (H. II S. 15), also in der Regel auf einen ganz anderen Gegenstand, als den des Rechtsverhältnisses, aus welchem geklagt wurde (tollitur obligatio principalis, incipit autem teneri reus litis contestatione) [5]. Hatte daher z. B. der Kläger auf ein dare facere oportere debitorem geklagt und kam es zur Litis Contestation: so konnte er hinterher nicht wieder die alte Obligation geltend machen, nicht eine Klage auf dare fac. oportere anstellen, quia litis contestatione dari fieri oportere desiit und es sich nur noch von einem condemnari oportere handelte („hoc est, quod apud Veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere. Gajus III, 180). Blos dieses condemnari oportere konnte nun der Kläger verfolgen und zwar nur in dem schon begonnenen Prozesse. Er mußte die Sache, wie sie durch die Litis Contestation festgestellt war, fortsetzen und durchzuführen suchen, und konnte das Rechtsverhältniß auf eine andere Weise gar nicht mehr geltend machen. So enthielt daher in solchen Fällen die Litis Contestation eine wahre Novation der alten Obligation (d. h. eine Aufhebung derselben und Umwandlung in eine neue), worauf auch noch einzelne Stellen in Justinians Pandecten hindeuten [6].

---

4) Darauf deuten auch hin D. XV, 1 de pecul. *l.* 3 § 11 XXVII. 3 de tut. et rat. distr. *l.* 22. Vergl. auch Keller a. a. O. S. 127 f.

5) Gajus III, 180 IV, 107. Ueber das Recht vor den Zeiten des Formularprozesses s. Gajus IV, 180.

6) D. XLVI, 2 d. novat. *l.* 29 *l.* 11 § 1. Vergl. auch Keller a. a. O. S. 90 und Fragmenta Vaticana § 263. Ueber die *l.* 11 cit. vergl. auch Mühlenbruch Lehre von der Cession rc. 3 Ausg. S. 35 Not. 64. Unsre Doctrin nennt diese Novation gewöhnlich novatio necessaria. Was aber die älteren Schriftsteller vor Auffindung der Institutionen von Gajus über eine

Bei allen anderen Klagen, als den vorhin genannten, also, wenn in einem legitimum judicium zwar eine persönliche aber in factum concipirte (H. II S. 36) Klage oder eine in rem actio angestellt wurde und bei allen judicia imperio continentia (Not. 5) trat zwar im Wesentlichen Dasselbe ein, aber nicht auf einem so directem Wege. Auch hier nehmlich begründete die Litis Contestation ein neues Band unter den Parthieen, das nun allein die Grundlage für das betreffende Rechtsverhältniß wurde, so daß auch hier das alte Verhältniß als Solches nicht mehr anderweit sollte geltend gemacht werden können. Allein die Consumtion des alten Rechtsverhältnisses trat hier nicht ipso jure, sondern blos indirect, durch eine exceptio, ein. Die alte in judicium deducirte Klage und das Rechtsverhältniß, auf das sie sich gründete, konnte hier nach strengem Rechte immer noch in einem neuen Prozesse geltend gemacht werden; aber der Beklagte konnte dann die Klage durch eine exceptio rei in judicium deductae und, wenn es zum Urtheil gekommen war, ohne alle Rücksicht auf die Art des Inhalts des Urtheils durch eine exceptio rei judicatae abweisen und zerstören, so daß auch hier die Wirkung indirect ganz dieselbe war (seit Keller s.g. indirecte Consumtion), wie im ersten Fall [7].

Diese negative Wirkung der Litis Contestation trat stets völlig selbstständig und unabhängig vom künftigen richterlichen Urtheile ein; sie trat ein, mochte es auch zum Urtheile gar nicht kommen, oder mochte, wenn es zum Urtheile kam, der Inhalt desselben lauten, wie er wollte; das alte obligatorische Verhältniß [8] blieb

---

durch den Prozeß erfolgende Novation, namentlich in Rücksicht auf die eben angeff. Pandectenstellen, sagen, ist großentheils unzutreffend, weil wir erst durch Gajus über die Sache gehörigen Aufschluß erhalten haben.

7) Gajus III § 181 IV § 106, 107 Keller a. a. O. § 8—12 § 14.

8) Diese durch den Prozeß eintretende Consumtion und Novation ergriff nicht blos die Klage für sich, als einen Bestandtheil des in judicium deducirten Rechts, blos das Moment der Klagbarkeit, sondern sie ergriff das materielle Recht selbst, aber nur soweit es als ein persönliches in judicium deducirt wurde. Bei Obligationen wurde daher die ganze mit dem in judicium deducirten Anspruche identische Obligation selbst consumirt (obligatio dissolvitur; Gajus III 180), so daß sie gegen keinen dabei Betheiligten mehr geltend gemacht werden konnte (auch nicht gegen correos, wenn sie auch am Prozesse nicht

nun einmal durch die Litis Contestation direct oder indirect consumirt. Nur konnte freilich durch das richterliche Urtheil noch etwas Positives hinzukommen. Wurde nämlich der Beklagte auf die angebrachte Klage vom Richter condemnirt: so trat nun das auf Geld lautende condemnatorische Urtheil an die Stelle der durch Litis Contestation begründeten Obligation oder vielmehr purificirte dieselbe, weil nunmehr ihre Bedingung eingetreten war; es entstand nun die obligatio, judicatum facere oportere, die mit der judicati actio geltend gemacht werden konnte (sublata litis contestatione incipit reus ex causa judicati teneri Gajus III, 180).

Aber auch ganz abgesehen von diesem positiven Inhalte des Urtheils konnte das in judicium deducirte Rechtsverhältniß in keiner Weise mehr geltend gemacht werden, weil es schon durch die Litis Contestation perimirt war und durch das Urtheil nicht wieder hergestellt wurde. Wurde der Beklagte freigesprochen, weil die Klage nicht begründet war oder durch Einreden zerstört werden konnte: so war nun eben dadurch ausgedrückt, daß ein Recht des Klägers gegen den Beklagten, eine Verpflich-

---

theilnahmen). Bei einer angestellten rei vindicatio dagegen wurde durch die Litis Contestation natürlich nicht das Eigenthum des Klägers consumirt, sondern nur der Anspruch des Klägers, den er aus dem vorliegenden persönlichen durch den Besitz ꝛc. des Beklagten begründeten Verhältnisse gegen den Beklagten auf Herausgabe der Sache mit Früchten ꝛc. beziehungsweise Ersatz derselben ꝛc. hat; dieses ganze materielle persönliche Rechtsverhältniß nach allen seinen Beziehungen wurde consumirt, so daß es künftig nicht mehr gegen den Beklagten und seine Rechtsnachfolger geltend gemacht werden konnte; sein dingliches Recht an sich aber behielt der Kläger, so weit es ihm überall zustand; er konnte daher gegen einen dritten Besitzer der Sache, der nicht Rechtsnachfolger des Beklagten war, wohl mit der rei vind. auftreten, ohne daran durch jene Consumtion gehindert zu seyn. Vergl auch Keller a. a. O. § 33 S. 241 f., 251 f. (nur daß Keller doch auch dem Ausdrucke nach noch zu sehr die Consumtion auf das Klagerecht bezieht). Deßhalb ist auch der Ausdruck Klagen-Consumtion für jene Consumtion nicht genau. Daß manche Quellenstellen, welche noch diese Consumtion berühren, von actio tollitur, consumta est u. dgl. sprechen, ist nicht entgegen, wenn man erwägt, daß die Quellen bei persönlichen Rechtsverhältnissen den Ausdruck actio ganz gewöhnlich für das ganze Recht, welches eingeklagt werden kann, gebrauchen (gleichbedeutend mit obligatio). S. Belege hiefür bei Mühlenbruch Lehre von der Cession § 2 Büchel Ueb. d. Wirkung der Klagenverj. Marb. 1832 S. 34 f. Vergl. auch unten bei Not. 36 f.

tung des Beklagten nicht anzuerkennen und anzunehmen sey, und der Beklagte konnte von diesem positiven Inhalt des Urtheils den entsprechenden Gebrauch machen. Aber auch hier wieder konnte, völlig unabhängig von dem Inhalt des Urtheils, jedenfalls der alte klägerische Anspruch, welcher in judicium deducirt war, nicht mehr geltend gemacht werden; denn er war ja schon durch die Litis Contestation consumirt und das Urtheil ließ es in dieser Hinsicht ganz bei der eingetretenen Consumtion, welche lediglich von der Litis Contestation abhängend, nun nur dem Ausdrucke nach an das Urtheil als an den letzten Moment des Prozesses geknüpft wurde. Bei der directen Consumtion war und blieb der Beklagte nun ipso jure frei von allen Ansprüchen; hätte je eine Obligatio des Beklagten existirt: so war sie ja schon die Litis Contestation ipso jure consumirt und blieb dieß nun, da das Urtheil hieran nichts änderte; denn das bedingte condemari oportere, das durch die Litis Cont. begründet wurde, fiel durch das absolutorische Urtheil zusammen, und es verblieb somit eben einfach bei der schon durch die Litis Contestation eingetretenen Consumtion des in judicium deducirten Rechtsverhältnisses[9]. Bei der indirecten Consumtion blieb es ebenfalls in dem Verhältnisse, in das die Sache durch die Litis Contestation gesetzt war; wie nach der Litis Contestation die Consumtion des klägerischen Anspruchs durch die exceptio rei in judicium deductae durchgeführt wurde, so konnte man sich nun, wenn das Urtheil gesprochen war, um die consumirende Wirkung der Litis Contestation geltendzumachen, der exceptio rei judicatae bedienen, die aber in dieser negativen Beziehung lediglich blos die exceptio rei in judicium deductae vertrat und eigentlich nur ein anderer

9) Gajus IV, 107. Um diese Consumtion geltend zu machen bedurfte es keiner formellen Exception, weil die directe Consumtion ipso-jure wirkte. Wenn z. B. der freigesprochene Beklagte, welcher später von seinem Gegner wieder mit derselben Klage belangt wurde, sich darauf berief, daß ja diese Klage durch den früheren Prozeß consumirt sey: so war dieses Anführen nicht als Exception zu behandeln; denn es war eine Verneinung der Intentio des Klägers, der Existenz des Rechts an sich, das der Kläger in Anspruch nahm, eben weil dieses Recht längst ipso jure vernichtet war. Gajus III 181 IV, 107 und oben §. II S. 49 Not. 8 b und die folg. Note.

Ausdruck für diese war. Es waren aber hier diese Exceptionen nöthig, weil bei der indirecten Consumtion das alte Rechtsverhältniß nicht ipso jure aufgehoben wurde, sondern nach strengem Rechte noch fortbestand [10].

Hiernach konnten im richterlichen Urtheile nach dem älteren Röm. Rechte zwei von einander unabhängige selbstständige durch ganz verschiedene Momente bestimmte Wirkungen liegen, die durch seinen positiven Inhalt bestimmte Wirkung, und außerdem noch eine negative consumirende schon durch die Litis Contestation bestimmte Wirkung, oder wie Keller es nennt die positive und die negative Function [11], eine Doppelbeziehung über die man freilich erst seit der Auffindung von Gajus Näheres weiß, und welche namentlich Keller in seinem angeführten Werke auf eine ausgezeichnete Weise in ihren einzelnen Wirkungen entwickelt.

Der positive Inhalt des Urtheils nämlich bildet formelles affirmatives Recht unter den Partheien; von jeder Parthie kann dieser Inhalt in ihrem Interesse für sich geltend gemacht werden, z. B. durch die judicati actio vom Kläger, durch Einreden sowohl von Seiten des Klägers als des Beklagten, durch Repliken, Dupliken. Diese Seite des Urtheils gehört durchaus unsrem praktischen Rechte an (s. unten Abschnitt III).

---

10) Die except. rei in judicium deductae und rei judicatae bezog sich daher nur auf die Fälle der indirecten, gar nicht auf die Fälle der direkten Consumtion. Gajus *l.* c. Vergl. auch Keller a. a. O. §. 30, 31. Wenn Justinian in J. IV, 13 de except. § 5 ganz allgemein sagt: si judicio tecum actum fuerit, sive in rem sive in personam, nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea de eadem re adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei judicatae adjuvari: so erklärt sich dieß vom Standpunkte des späteren Röm. Rechts aus. Vergl. unten Abschn. III. Uebrigens ist das obligatio durat in dieser Stelle (wie derselbe Ausdruck bei Gajus III, 181) nicht, wie es Schrader Institut. ad § 5 cit. zu thun scheint, auf die durch die Lit. Cont. begründete obligatio condemnari oportere zu beziehen, sondern auf das alte ursprüngliche Rechtsverhältniß selbst, aus welchem geklagt worden war. Daß dieses auch bei actt. in rem durch obligatio bezeichnet wird, macht keine Schwierigkeit. Denn so kann man wohl das Verhältniß des Besitzers nennen, welcher wirklich mit einer dinglichen Klage belangt werden kann. Vergl. Not. 8 und mein Handbuch Bd. II § 46 Nr. 6.

11) Keller § 28 (besonders S. 223), § 29. 33.

Das Urtheil hatte aber im älteren Röm. Rechte auch eine von der Art seines Inhaltes völlig unabhängige negative Wirkung, welche jedoch, was wohl zu beachten ist, aber häufig nicht gehörig beachtet wird, nicht sowohl an und für sich im Urtheile, sondern in der ihm vorhergegangenen Litis Contestation lag und nur von dieser, wenn es zum Urtheile kam, auf das Letztere der Form und dem Ausdrucke nach übertragen wurde. Das alte vom Kläger in judicium deducirte Rechtsverhältniß war, wie ausgeführt wurde, durch die Litis Contestation jedenfalls bald direct bald indirect consumirt; von einer Wiederherstellung desselben konnte nicht weiter die Rede seyn (sondern nur davon, ob nicht durch das Urtheil ein neues positives, eine Geldobligation an seine Stelle trete); kam es somit zum Urtheil: so blieb das alte Rechtsverhältniß, was auch der Inhalt des Urtheils seyn mochte, consumirt, und wenn diese negative Wirkung der Litis Contestation auch dem Ausdrucke nach an das Urtheil geknüpft wurde (wie bei der exceptio rei judicatae): so war dieß doch nur das Aussprechen einer schon durch die Lit. Cont. begründeten und durch das Urtheil nicht aufgehobenen Wirkung. Eben dieser Wirkung der Lit. Cont. wegen konnte, wie auch das Urtheil lauten mochte, von einer neuen wirksamen Geltendmachung des alten Rechtsverhältnisses durch die alte Klage gegen den alten Beklagten und sofern sie sich auf eine Obligation stützte, an der auch Andere Theil nahmen, auch gegen diese gar nicht mehr die Rede seyn [11a],

---

11 a) Außer dann und in soweit, wenn und inwie weit der Beklagte mit der exceptio rei judicatae die negative consumirende Wirkung der Lit. Cont. und des Urtheils geltend zu machen versuchen würde, um dadurch den gegen ihn lautenden positiven Inhalt des Urtheils zu zerstören. Hier kann dann der Kläger durch Berufung auf den für ihn lautenden positiven Inhalt des Urtheils, also durch eine replica de re secundam se judicata, jene exceptio elidiren. Von solchen Fällen sprechen die viel bestrittenen *l.* 9 § 1 D. XLIV, 2 de exc. rei jud. und *l.* 16 § 5 XX, 1. de pign. (vergl. auch *l.* 16 de exc. rei jud.). Ueber die Auslegungen dieser Stellen vergl. Keller § 70—72 und den dort angef. Ribbentrop (nur daß Diese dabei von der unzuläßigen Annahme ausgehen, das arbitrium de restituendo sey schon in den Zeiten des classischen Röm. Rechts exequirbar gewesen; vgl. H. II S. 19), namentlich aber über

ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger ganz oder nur theilweise oder gar nicht abgewiesen wurde, aus welchen Gründen er abgewiesen wurde, z. B. wenn er blos wegen dilatorischer Einreden u. dergl. abgewiesen worden ist.

Die praktischen Folgen dieser negativen Wirkung der Lit. Cont. und folgeweise des Urtheils, oder des Grundsatzes, daß ein Rechtsverhältniß, wie es in judicium deducirt worden ist, durch die Lit. Cont. consumirt wird und auch bei erfolgendem richterlichem Urtheil ohne alle Rücksicht auf dessen Inhalt consumirt bleibt, mußten natürlich sehr bedeutend und weitgreifend seyn, und es ist auch für unser heutiges Recht von Wichtigkeit, diese Folgen genauer zu betrachten, weil manche Spuren davon in Justinians Pandecten übergingen und hier die, zum Theil wenigstens, sehr verschieden beantwortete Frage entsteht, ob und wie weit wir etwa diese Spuren noch als praktisches Recht zu behandeln haben. Diese Folgen waren namentlich folgende:

I. War es zur Lit. Cont. über den klägerischen Anspruch gekommen: so konnte der Kläger von seiner Klage, wenn er sie so, wie er sie angebracht hatte, fallen lassen wollte, z. B. weil er sich während des Prozesses überzeugte, daß er nur einen Theil des Anspruchs verfolgen könne oder daß er durch dilatorische Einreden zur Zeit abgewiesen werden könnte u. s. w., später gegen den Beklagten nicht wieder erheben, eben weil die Klage nun einmal consumirt war; der Beklagte konnte jede Erneuerung des Anspruchs mit der exceptio rei in judicium deductae abweisen und in den Fällen der directen Consumtion bedurfte es nicht einmal einer solchen Einrede [12]. Hiernach verstand es sich von selbst, daß,

---

*l.* 9 § 1 cit. die noch befriedigendere Auslegung von Bethmann-Hollweg in der Tübinger krit. Zeitschr. f. R.W. V. S. 93. 94.

12) Not. 9. S. auch Francke im Arch. f. civil. Prax. Bd. XXIII S. 417. Zu beachten ist aber hierbei: a) wenn der Kläger zu einer Zeit klagte, in welcher das in Anspruch genommene Recht ihm wirklich gar nicht zustand, und deshalb abgewiesen wurde oder die Klage fallen ließ, er aber später das Recht erwarb: so stand der Verfolgung des neu erworbenen Rechts aus diesem späteren Erwerbungsgrunde natürlich eine prozessualische Consumtion nicht entgegen; denn im früheren Prozesse konnte kein Recht des Klägers consumirt werden, da Keines existirte, und jedenfalls konnte das später erworbene nicht consumirt werden, da es zur Zeit des früheren Prozesses noch gar nicht vorhanden

II. wenn der Kläger auch wegen einer blosen verzögerlichen Einrede abgewiesen wurde, z. B. weil seine Forderung noch nicht fällig war, er später, wenn auch der Grund der Einrede sich gehoben hatte, doch die Klage nicht wieder anstellen konnte; denn sein ganzes Recht war durch die deductio in judicium consumirt und jede neue Anstellung der Klage konnte durch die exceptio rei judicatae (die hier wieder nur eine andere Form der exceptio rei in judicium deductae war) auf immer abgewiesen werden [13] oder, wie Justinian in J. IV, 13 § 10 erzählt (indem er Das, was Gajus sagt, von seinem Standpunkte aus auf früheres Recht setzt): si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio: neque eo judicio quidquam consequebantur, propter exceptionem; neque post tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant et consumebant: qua ratione rem amittebant. Die verzögerlichen Einreden hatten daher in jener Zeit gar nicht die Bedeutung, die sie in unsrem Rechte haben (daß, wenn der

---

war. D XLIV, 2 de exc. rei jud. *l.* 25 XXI, 1 de aed. ed. *l.* 43 § 9 Keller S. 292—295. Ueberhaupt steht eine prozessualische Consumtion (so wenig als ein rechtskräftiges Urtheil) dem abgewiesenen Kläger nicht entgegen, wenn er denselben Anspruch aus einem neuen erst später eingetretenen Entstehungsgrunde verfolgen will. D. de exc rei jud. *l.* 11 § 4 a. E. *l.* 21 § 3. X, 4 ad exhib. *l.* 12 § 2. b) Wurde bei einer Klage, welche gegen den Besitzer als Solchen geht, der Kläger blos deshalb abgewiesen, weil der Beklagte zur Zeit der Einleitung des Prozesses nicht besaß oder den Besitz auf eine Weise, für welche er nicht einzustehen hat, verlohr: so kann sie nachher gegen den Beklagten, sobald die Sache in seinen Besitz kommt, doch wieder angestellt werden, ohne daß dem Kläger eine proz. Consumtion oder das frühere abweisende Urtheil entgegenstände. Denn die spätere Besitzerwerbung gilt als nova causa und der Kläger kann daher auf diesen neu eingetretenen Grund hin von Neuem klagen. D. de exc. rei jud. *l.* 17, 18 *l.* 9 pr. XLVI, 8 ratam rem *l.* 8 pr. Vergl. auch Bethmann-Hollweg in der Tübinger krit. Zeitschr. fr. R.W. V. S. 92, 93. Anderer Ansicht ist in Betreff der proz. Consumtion v. Bolley Civilprozeß-Ordnung I S. 487 wegen *l.* 9 § 1 de exc. rei jud. Allein er scheint die vorhin angeff. Stellen übersehen zu haben; die *l.* 9 § 1 aber gehört gar nicht hierher, da sie von einem ganz anderen Falle, von einem Falle, in welchem der Kläger siegte, spricht. Vergl. Not. 11 a.

13) Gajus IV, 123 und J. IV, 13 de except. § 10. Bei der directen Consumtion war diese exceptio nicht einmal nöthig. Not. 9, 10.

Richter sie begründet findet, der Kläger blos zur Zeit abgewiesen wird, bis zur Purification des Umstandes, auf den die Einrede sich stützt), sondern sie waren, wenn es einmal zur Litis Contestation kam, in ihrer Wirkung ganz den peremptorischen gleich; als verzögerliche hatten sie nur die Bedeutung, daß der Berechtigte den Gebrauch seiner Klage verschieben und es, ehe der Grund einer solchen möglichen Einrede gehoben ist, nicht zur Litis Contestation über die Klage kommen lassen soll, die Einrede also eine solche ist, welcher der Berechtigte entgehen kann durch Abwarten, durch Verschieben der Klage, bis jenes Moment gehoben ist, oder dadurch, daß er, wenn der Beklagte die Einrede in jure (vor dem Prätor) vor dem Abschlusse der Lit. Cont. vorbringt, nun seine Klage vorerst zurücknimmt und es nicht zur Lit. Cont. kommen läßt; es waren also diese Einreden im älteren Röm. Rechte nicht Einreden, welche eine schon anhängig gewordene Klage, bei der es zur Litis Contestation gekommen ist, auf eine Zeit blos abwenden; denn kam es so weit: so ward durch die Lit. Cont. das ganze Recht des Klägers consumirt, und fand dann der Judex die Einrede begründet und wies deßhalb den Kläger ab: so konnte nun der Kläger seinen Anspruch, da er nun einmal durch die Lit. Cont. consumirt war, gar nicht mehr einklagen.

**III.** Aus den Wirkungen der prozeßualischen Consumtion in Verbindung mit der Fassung der Klagformel erklären sich auch ganz von selbst die Wirkungen einer Pluspetition im älteren Röm. Recht. Wenn der Kläger in seiner Intentio [13 a] mehr forderte, als ihm gebührte: so mußte er, weil die Intentio ihrem ganzen Inhalte nach als Bedingung der Condemnation gefaßt

---

13 a) H. II S. 35. Was er blos in der Demonstratio sagte, darauf kam es hierbei nicht an (Gajus IV, 58); dagegen hatte die Demonstratio in einer anderen Beziehung eine besondere Bedeutung für die Consumtion des Rechts s. nachher Nr. V. — Weniger als er zu fordern hatte, konnte der Kläger in der Intentio wohl fordern, ohne das Recht auf den Rest zu verliehren; nur konnte er dann nach dem älteren Röm. Recht den Rest nicht mehr unter demselben Prätor, unter dem er einen Theil eingeklagt hatte, sondern erst unter einem neuen Prätor fordern (Gajus IV § 56, 122), eine Beschränkung aber, welche im späteren Röm. Recht wegfiel. J. IV, 6 de act. § 34.

war (d. h. nach der Formel nur dann condemnirt werden soll, wenn die Intentio ganz so, wie sie vorgebracht wurde, begründet sey) und die Condemnation gerade auf den Werth seiner angebrachten Forderung ging — z. B. si paret fundum Sempronianum et Cornelianum dari oportere (Intention), quanti ea res est, tantam pecuniam condemna — abgewiesen werden, sobald nicht die ganze Forderung sich als begründet zeigte [14]. Er konnte aber nun nicht das Wenigere, welches er wirklich zu fordern hatte, nachher noch besonders einklagen (z. B. im vorigen Falle, wenn er blos den einen Fundus zu fordern hatte, nun diesen einklagen, oder wenn er mit der Klage auf 100 aureos abgewiesen ward, weil der Beklagte ihm blos 90 schuldig war, nun nachher diese 90 fordern). Denn da in dem früher eingeklagten Mehr auch das Weniger enthalten ist, somit auch dieses Weniger im früheren Prozesse in judicium deducirt war: so wurde auch das Recht auf das Letztere in jenem Prozesse durch die Litis Contestation consumirt und es galt hier in Betreff dieses

14) Gajus IV § 53, 68 J. IV, 6 de act. § 33. Keller § 56 bes. S. 500 f. Natürlich konnte diese Folge nicht eintreten bei einer formula incerta in jus concepta, also nicht bei einer str. juris actio auf ein incertum und bei einer b. f. actio; denn mit diesen Klagen forderte man in der intentio blos im Allgemeinen, was der Beklagte zu leisten schuldig sey (quidquid eum dare facere oportet), und in einer solchen allgemeinen Forderung kann man nie dem Gegenstande nach zu viel fordern. Gajus IV, 54. Dagegen trat diese Folge ein bei stricti jur. actiones auf ein certum, wenn man das certum zu hoch angab und mehr forderte als geschuldet wurde (H. II S. 72), oder wenn man mit einer formula certa klagte während man mit einer incerta hätte klagen sollen (Gajus IV, 53), ferner bei dinglichen Klagen, die auf eine genau bestimmte Sache gehen (vergl. Gajus IV, 54), und auch bei persönlichen in factum concipirten Klagen (also auch bei b. f. actt., falls sie in factum concipirt wurden, oben H. II S. 37 Not. 8), wenn in ihrer Intentio (H. II S. 37 Not. 7) zu viel als Gegenstand der Forderung angegeben wurde z. B. bei der depositi actio in factum concepta mehrere deponirte Sachen, während nur eine deponirt war. Gajus IV, 60. Keller a. a. O. — Ein solches Verliehren des Prozesses wegen fehlerhafter Fassung der Formel scheint durch causa cadere, formula cadere besonders bezeichnet worden zu seyn Keller S. 502 f. Eine in integrum restitutio gegen Verstöße dieser Art wurde nur aus ganz besonderen Gründen gegeben. J. de act. § 33.

Weniger wieder, was oben bei Note 13 gesagt ist [15]. Aus dem gleichen Grunde konnte ein Kläger, welcher zu viel forderte, aber während des Prozesses dieß einsah, und deßhalb die Klage nach der Lit. Cont. fallen ließ, um nachher den wirklichen geringeren Betrag seiner Forderung einzuklagen, Letzteres nicht mehr thun, weil auch sein Recht auf den geringeren Betrag in judicium deducirt und durch die Lit. Cont. consumirt war.

Das Gleiche galt natürlich, wenn eine einzelne Sache unbeschränkt eingeklagt wurde, während dem Kläger nur ein Theil dieser Sache gehörte; er mußte abgewiesen werden, weil die Bedingung der Condemnation (die intentio auf das Ganze) nicht begründet war, und konnte, wenn er so abgewiesen wurde oder auch wenn er nach der Lit. Cont. den Prozeß freiwillig fallen ließ, nachher nicht mehr den ihm gebührenden Theil einklagen, eben weil in dem früheren Prozesse das Ganze mit allen seinen Theilen als Solchen in judicium deducirt, somit auch die Klage auf die Theile consumirt war [16].

---

15) Vergl. auch J. l. c. Es ist dieß eigentlich derselbe Fall, wie bei der dilatorischen Einrede (Nr. III.), nur daß bei dieser tempore, hier re zu viel gefordert wird.

16) J. de act. § 33 verb. aut si is, cujus ex parte etc. D. XLIV, 2 d. except. rei jud. *l.* 7 pr. *l.* 21 § 1 u. 2 *l.* 30 pr. Keller § 34 S. 261 f. Einzelne §§ der *l.* 7 cit. scheinen über diese Frage in einzelnen Beziehungen einander zu widersprechen, Widersprüche aber, die den Grundsatz selbst nicht betreffen. So heißt es z. B. in *l.* 7 pr., Demjenigen, welcher ein Haus vindicirt habe und später einzelne Steine oder Balken aus demselben (wenn das Haus einfiel oder eingerissen wurde) vindiciren wolle, stehe nun die exceptio rei judicatae entgegen, eben weil durch die Vindication des Ganzen das Recht auf alle Theile in judicium deducirt und somit gegenüber vom Beklagten durch die Lit. Cont. consumirt wurde. Allein im § 2 eod. wird ausführlich das Gegentheil deducirt. Diesen Widerspruch hat gewiß auf irgend eine Weise Justinians Commission bei der Compilation dieser Stelle verschuldet; die letztere Entscheidung ist aber ohne Zweifel als die Ansicht Ulpians, von dem die Stelle herrührt, anzunehmen, und sie erklärt sich aus der Betrachtung, daß, wenn die Frage über das Eigenthum eines Hauses (und damit die Frage über das Eigenthum eines intellectuellen oder reellen Theils des Hauses als solchen, der universitas aedium) in judicium deducirt wird, doch davon die Frage über das Eigenthum der einzelnen Balken und Steine nach Auflösung des Hauses eine sehr verschiedene ist, weil diese nicht eigentlich partes des Hauses als Solchen sind, und daher

IV. Während die angeführten Folgen der Pluspetition bei einer incerta formula nicht vorkommen konnten (Not. 14), mußte sich der Kläger in einer anderen Beziehung gerade bei formulis incertis, wieder wegen der Prozeßconsumtion, wohl vorsehen. Wenn in Fällen, in welchen mit einer formula incerta in jus concepta zu klagen war, das Recht des Klägers an sich zwar in dem ganzen von ihm behaupteten Umfange begründet, aber zur Zeit nur ein Theil des Rechts verfallen und einklagbar war, und er bezeichnete in der Demonstration das Verhältniß, aus welchem er klagte, ohne nähere Beschränkung: so konnte zwar hier von einer Pluspetition nicht die Rede seyn, weil bei der formula incerta die Intention blos auf Das lautet, was man überhaupt zu fordern habe (Not. 14), und der Judex hatte nun den Beklagten in den Theil der Leistung zu verurtheilen, der zur Zeit verfallen und verfolgbar war. Dagegen konnte der Berechtigte den zur Zeit nicht verfolgbaren Theil seines Rechts später nicht mehr einklagen, auch nicht wenn der Zeitpunkt der Fälligkeit desselben eintrat. Denn im früheren Prozesse war durch die Formel quidquid ob eam rem dari fieri oportet das ganze in der Demonstration bezeichnete Rechtsverhältniß, aus dem er geklagt hatte, gegen den Beklagten in judicium deducirt und somit sein ganzes Recht aus jenem Rechtsverhältnisse durch die Lit. Cont. consumirt, und diese Wirkung der Lit. Cont. (welche, wenn es zum Urtheile kam, in den Fällen der indirecten Consumtion durch die exceptio rei judicatae geltend gemacht werden konnte) blieb bestehen, wie auch der Inhalt des Urtheils lauten mochte [17]. Der Kläger mußte sich deßhalb in solchen Fällen wohl vorsehen und, soweit dieß möglich war, auf den Theil seines Rechts, den er sofort durchsetzen konnte, seine Klage ausdrücklich beschränken durch eine der Demonstration vorangeschickte (präscribirte) nähere Bestimmung (praescriptio pro actore, im Gegensatze zu den präscribirten Einreden, den praescriptiones

---

diese Frage mit jener nicht als in judicium deducirt gelten kann. S. mein Handbuch II § 43 Not. 5.

17) Gajus IV, 131. Eine Spur dieses Grundsatzes enthalten auch die Worte ut in judiciis in *l.* 76 § 1 D. XLV, 1 de V. O.

pro reo; oben H. II S. 49), damit nicht das ganze Recht in judicium deducirt und consumirt werde und dadurch ihm die Möglichkeit übrig bleibe, einzelne Ausflüsse seines Rechts später noch klagend geltend zu machen [18]. Z. B. wenn Jemand, welcher terminweise Leistungen zu fordern hatte, von denen ein Theil verfallen war, auf Anerkennung seines Rechts überhaupt und demzufolge auf Zahlung der verfallenen Leistungen klagte und der Richter das Recht überhaupt begründet fand und deßhalb den Beklagten zur Zahlung jener verfallenen Leistungen verurtheilte: so konnte der Kläger die noch nicht verfallen gewesenen Leistungen, wenn sie später verfielen, nicht mehr fordern; denn sein ganzes Recht war in judicium deducirt und eben damit consumirt; oder wenn Jemand wegen eines Tausches mit der praescriptis verbis actio auf Anerkennung und Vollziehung des Vertrags geklagt und die Sache überliefert erhalten hatte, später aber es sich findet, daß die Sache dem Beklagten, der sie versprochen hatte, gar nicht gehörte: so konnte der Kläger, wenn er die Klage nicht durch eine praescriptio ausdrücklich blos auf die Uebergabe der Sache beschränkt und sich dadurch andere Ansprüche aus dem Vortrage vorbehalten hatte, nicht mehr auf Evictionsleistung klagen, weil die ganze Obligation aus dem Tausche in judicium deducirt und consumirt war (s. Not. 18).

V. Entstehen aus einer Obligation verschiedene Klagen gegen dieselbe Person, welche auf Geltendmachung dieser einen und derselben Obligation gerichtet sind, namentlich dieselbe intentio haben: so wurden schon durch die Litis Contestatio über die eine Klage auch die übrigen consumirt, eben weil ihre Grundlage, die Obligation, durch die Litis Contestation consumirt war. Hieraus erklären sich auch noch manche in die Pandecten aufgenommene Stellen [18 a]; namentlich konnte blos aus diesem Grunde, wenn die tutelae actio anhängig gemacht war, später nicht auch noch die actio de rationibus distrahendis angestellt werden und umgekehrt [19].

---

18) Gajus IV, § 130—132, § 136, 137. Keller § 33 S. 255 f. u. bes. § 58—60. Puchta Instit. II S. 95 f

18 a) Z. B. D. XVII, 2 pro soc. *l.* 38 § 1 XII, 2 de jure jur. *l.* 28 § 4 a. E.

19) Obwohl die actio de rat. distrahend. auf das Doppelte, die tutelae

VI. Das Gleiche war der Fall, wenn eine und dieselbe Obligation auf mehrere Personen sich bezog, also

1. wenn eine und dieselbe Obligation direct auf mehrere Personen sich so bezieht, daß jede derselben in der Obligation nach ihrem vollen Betrage steht (bei den Correalverhältnissen s. unten Not. 51). Wenn daher

a. der Gläubiger einen seiner mehreren Correalschuldner auf das Ganze, für welches Jeder von ihnen haftet, belangte und es zur Lit. Cont. kam: so wurden schon hierdurch die übrigen Correalschuldner unbedingt frei, sollte auch der Gläubiger vom Beklagten wegen Insolvenz nicht befriedigt werden können oder wegen dilatorischer Einreden abgewiesen werden oder gegen ihn die Klage fallen lassen und gegen die Anderen klagen wollen.

---

act. blos aufs Einfache ging, so wurde doch durch die Lit Cont. über die eine Klage die andre consumirt, weil es „duae actiones ex una obligatione" sind; s. D. XXVII, 3 d. tut. act. *l.* 1 § 21 Keller a. a. O. § 33 und in besonderer Beziehung auf das Verhältniß der actio de rat. distrah. zur tut. actio auch Francke im Arch. f. civilist. Prax. Bd. XXIII S. 423 f. Savigny System Bd. V § 212 S. 58 § 232 Not. *l.* § 235 Not. g. Hierher gehört wohl auch der Fall der *l.* 4 § 3 D. IX, 4 de noxal. act. Wegen Beschädigungen nämlich, welche ein Sclave Dritten zufügte, konnte der Herr auf Ersatz belangt werden, und zwar unbedingt, wenn der Sclave sciente domino handelte; hatte er insciente domino gehandelt: so konnte der Herr dem Ersatze durch Hingabe des Sclaven entgehen. Klagte nun der Beschädigte gegen den Herrn unbedingt auf Ersatz wegen dessen scientia und wurde abgewiesen, weil der Herr nicht conscius war: so konnte er nachher nicht auf Ersatz mit noxae deditio klagen; das eine judicium wurde durch das andre consumirt, weil (woraus sich auch der übrige Inhalt der Stelle erklärt) in Beiden die intentio (auf Ersatz) dieselbe war und nur in der condemnatio die noxae deditio (als besonderes Recht des Beklagten, falls er inscius war) erwähnt wurde. Vrgl. auch *l.* 7 § 1 eod. — Ribbentrop Zur Lehre v. d. CorrealObl. S. 246—254 findet in der l. 4 § 3 cit. Schwierigkeiten wegen *l.* 5 pr. *l.* 17 pr. eod. und will deßhalb ihre Entscheidung nicht aus der prozeßual. Consumtion erklären. Allein seine Erklärung ist mit dem Entscheidungsgrunde der Stelle (quia res in superius judicium deducta et finita est) durchaus unvereinbar; die *l.* 5 und 17 aber machen wohl keine Schwierigkeit, da Miteigenthümer, sofern sie conscii waren, hier gerade so haften quemadmodum plures deliquissent (*l.* 5), also bei ihnen der Grundsatz der *l.* 3, 4 IX, 3 de his qui effud. gilt, während die *l.* 4 § 3 nur von dem Falle handelt, wenn gegen eine und dieselbe Person geklagt wird.

Denn die in den Streit gebrachte Obligation war einmal consumirt und die übrigen Schuldner waren somit frei, da sie ihm nur aus einer und derselben Obligation schuldeten [20]. Namentlich galt dieß auch vom Verhältnisse des Hauptschuldners zum Bürgen; wurde der Hauptschuldner belangt: so war eben damit (wenn es zur Lit. Cont. kam) der Bürge unbedingt frei, mochte auch der Hauptschuldner den Gläubiger nicht befriedigen können; und wurde der Bürge belangt: so war der Hauptschuldner unbedingt frei, weil Beide nur an einer Obligation theilnehmen, welche durch die Lit. Cont. consumirt wird [21]. Ferner galt es im Ver-

20) C. VIII, 41 d. fidej. cst. 28 in den Worten: idemque in duobus reis etc. In dieser Stelle hob Justinian, wie unten noch weiter bemerkt werden wird, diesen Grundsatz auf; seine Commission ließ aber nachläßigerweise noch einige Stellen in den Pandecten stehen, die den alten Grundsatz der proz. Consumtion enthielten, z. B. D. XLV, 2 d. duobus reis *l.* 2 (verb: petitione) XLVI, 1 d. fidej. *l.* 5 a. E. (vrgl. Keller § 52), theilweise auch D. XLV, 1 de V.O. *l.* 116 (s. Ribbentrop Zur Lehre v. d. CorrealObl. S. 138 Not. z.); andere Stellen interpolirten sie, um sie mit dem neuesten Recht in Einklang zu bringen, z. B. D. XXX de legat. I *l.* 8 § 1, wo die Worte et solutum offenbar erst von Justinians Commission hineingesetzt sind. Ribbentrop S. 42.

21) Const. 28 cit. ferner D. XXVII, 7 de fidej. et nomin. *l.* 7 (über diese Stelle s. Keller a. a. O. S. 437). XLIV, 2 de except. rei jud. *l.* 21 § 4 (über die *l.* 84 de solut. s. Not. 39). Paulus Recept. sentent. II, 17 § 16. Da aber Justinian diesen Grundsatz, namentlich auch im Verhältnisse zwischen Bürgen und Hauptschuldner, in seinen letzten Spuren in der cst. 28 cit. aufhob: so interpolirte seine Commission manche Stellen aus der früheren Zeit so, daß diese in der Weise, wie sie nun in Justinians Rechtsbüchern lauten, schon das Gegentheil von dem im Texte Gesagten aussprechen, z. B. C. V, 57 de fidej. tut. cst. 2 (verb: „et solvente," was offenbar eine Interpolation ist); vrgl. Keller a. a. O. S. 438. — Mayer Die Lit. Cont. S. 54 f. glaubt, ein judicium imperio continens (also die indirecte Consumtion) habe auf die Bürgschaft die im Texte angegebene Wirkung nicht gehabt; es habe ihr in einem solchen Falle nur ein dem Schuldner günstiges Urtheil geschadet. Er will dieß aus der *l.* ult. § fin. de jure jur. herleiten. Allein, wenn man die im Anfange der Note angeff. Stellen vergleicht, mit welchen eine solche Behauptung ganz unvereinbar ist: so kann man in der That ein solches Resultat aus der *l.* ult. cit. nicht herleiten. Sie sagt blos: so gut ein Bürge, abgesehen von aller prozeßualischen Consumtion, sich auf das für den Hauptschuldner günstige Urtheil berufen könnte („proficeret"), so gut kann er sich

hältnisse mehrerer Bürgen zu einander; wurde z. B. ein Bürge auf Zahlung der Schuld belangt und dieser schützte das beneficium divisionis vor: so hatte er nun nur seinen Kopftheil zu zahlen; gegen die übrigen Bürgen aber konnte der Gläubiger nicht mehr klagen [21a], von ihnen ihre Kopftheile nicht einfordern, weil er die ganze Obligation in judicium deducirt hatte und diese dadurch consumirt war [22].

b. Das Gleiche galt auch bei mehreren Correalgläubigern. Hatte der Eine gegen den Schuldner geklagt und kam es zur Lit. Cont.: so konnten die anderen Gläubiger nicht mehr klagen, weil das ganze Rechtsverhältniß und somit auch ihr Recht consumirt war; sie hatten ihr Recht verlohren [23].

2. Es gibt Fälle, in welchen eine Obligation direkt nur für eine bestimmte Person eintritt und diese ergreift, dieselbe Obligation aber indirect aus besonderen Gründen auch auf andere Personen sich so erstreckt und wirkt, daß die Letzteren aus dieser

---

auf die durch Eid geschehene Befreiung des Hauptschuldners berufen. — War die Bürgschaft ausdrücklich blos als fidejussio indemnitatis, d. h. auf Das, was der Gläubiger vom Hauptschuldner nicht werde erlangen können, geschlossen: so trat natürlich keine Consumtion der Obligation des Bürgen durch Belangung des Hauptschuldners ein. Denn hier war der Bürge nicht correus und seine Obligation war eine ganz andere als die des Hauptschuldners, eine bedingte, deren Bedingung erst eintrat, wenn der Hauptschuldner wirklich belangt wurde und von ihm nicht die ganze Schuld zu erlangen war. D. XLV, 1 d. V.O. *l.* 116 XLVI, 3 d. solut. *l.* 21 Keller S. 563 f.

21 a) Hatte der Gläubiger den Bürgen mit einer formula certa auf das Ganze belangt, und konnte der Bürge excipiendo nachweisen, daß auch seine Mitbürgen zahlungsfähig seyen (*l.* 28 D. de fidej.): so mußte nun der Kläger ganz abgewiesen werden wegen Pluspetition (S. 13 f.) und er hatte Alles verlohren, weil er nun wegen der durch die Lit. Cont. eingetretenen Consumtion gegen keinen der Bürgen mehr klagen konnte. Doch galten nun hier die bei Not. 36 angef. Milderungen.

22) Hierüber s. Keller § 66. S. 569 f. und Ribbentrop Zur Lehre v. d. CorrealObl. S. 260. Ueber die verschiedenen Mittel, diesen Folgen zu entgehen (z. B. durch vereintes Klagen gegen alle Bürgen oder bei formulis certis durch eine Klage auf einen blosen Theil ꝛc.) s. die Angeff.

23) D. XLV, 2 d. duobus reis *l.* 2 *l.* 16 XLVI, 1 d. fidej. *l.* 5 a. E. XLVI, 2 d. novat. *l.* 31 § 1. Vrgl. in Beziehung auf diese Stellen die Bemerkung in Not. 20.

Obligation ebenfalls ganz oder theilweise belangt werden können. Z. B. ein Haussohn kauft eine Sache und wird somit den Kaufspreis schuldig; diese Obligation wirkt indirect unter gewissen Voraussetzungen auch auf den Hausvater; z. B. soweit der Betrag des, dem Hausvater eigentlich gehörigen, Peculiums des Haussohnes reicht, ist der Hausvater verbunden, die Obligation des Sohnes aus dem Peculium zu tilgen, er kann in so weit aus der Obligation des Sohnes belangt werden (mit der actio venditi de peculio); oder wenn die gekaufte Sache vom Sohne zum Besten des Vaters verwendet wurde: so haftet der Vater für die Obligation des Sohnes, soweit diese Verwendung reichte, er kann insoweit mit der actio venditi de in rem verso belangt werden (so weit die Verwendung nicht reicht, könnte er jedenfalls de peculio bis auf den Betrag des Peculiums belangt werden); oder wenn ein Dritter im Auftrage des Vaters mit dem Sohne contrahirt hatte: so haftet der Vater aus der Obligation für den Betrag und es findet zu diesem Zwecke gegen ihn die actio venditi quod jussu statt. Ebenso erstreckt sich die Obligation des Bevollmächtigten auch auf den Bevollmächtiger; er kann aus jener Obligation mit der actio quasi institoria verklagt werden. Klagte nun der Gläubiger

a. in den genannten Fällen gegen den Sohn auf Zahlung: so wurde dadurch auch die Klage gegen den Vater sofort consumirt, weil die Verbindlichkeit des Vaters und des Sohnes auf einer Obligation beruhte, welche durch die Lit. Cont. mit dem Sohne zerstört wurde. Er konnte deßhalb nicht mehr gegen den Vater mit der actio venditi de peculio, de in rem verso etc. klagen [24], mochte er nun gegen den Sohn siegen aber von dem-

---

24) Man muß dabei beachten, daß die actio de pecul., de in rem verso etc. keine besondere eigenthümliche Klage aus einer besonderen Obligation ist, sondern eben die Klage aus der Obligation des Sohnes (actio venditi, locati u. s. w.) mit der besonderen Beziehung auf das peculium, auf die in rem versio etc., welche durch den Beisatz de peculio, de in rem verso etc. bezeichnet wird; vrgl. D. XXI, 1 de aed. edict. *l.* 23 § 4 *l.* 57 § 1 J. IV, 7 quod cum eo qui in alien. potest. § 4 Gajus IV, 74 a. E. und mein Handbuch § 66 Not. 13.

selben nicht befriedigt werden [24a], oder abgewiesen werden oder den Prozeß fallen lassen.

b. Klagte er gegen den Vater de peculio, de in rem verso oder quod jussu: so konnte er nicht mehr gegen den Sohn klagen, sollte er auch vom Vater nicht befriedigt werden (z. B. weil der Bestand des Peculiums zur Tilgung der Schuld nicht reichte), oder aus einem Grunde abgewiesen werden, der auf den Sohn keine Anwendung litt, z. B. weil die versio in rem patris oder der jussus patris vom Kläger nicht bewiesen werden konnte. Auch konnte er nicht von Neuem gegen den Vater klagen, wenn z. B. das Peculium, dessen Bestand bei der ersten Klage zu Tilgung der Schuld nicht reichte, später Zuwachs erhielt [25], oder den Vater nicht wegen des jussus oder der versio in rem belangen, wenn er ihn schon de peculio belangt hatte, eben weil durch die Lit. Cont. über die eine Klage die ganze Obligation des Vaters und Sohnes zerstört war [26].

c. Das Gleiche war der Fall beim Mandat. Klagte der Gläubiger gegen den Beauftragten, der mit ihm contrahirt hatte, auf Bezahlung: so war durch die Lit. Cont. die Obligation, die sich auch auf den Auftraggeber erstreckte, consumirt und er konnte den Letzteren nicht mehr in Anspruch nehmen [27].

---

24 a) Im Falle des Sieges erlangte er aber nun wie gegen den Sohn so auch gegen den Vater eine neue Klage; er konnte nämlich nun die actio judicati de peculio gegen den Vater bis auf den Betrag des Peculiums anstellen. D. XV, 1 de pecul. *l.* 3 § 11.

25) D. de pecul. *l.* 47 § 2. Die *l.* 30 § 4 eod. scheint von Justinians Commission in Rücksicht auf das später eingetretene Recht interpolirt zu seyn; vrgl. Francke Arch. für civ. Prax. Bd. XXIII S. 400 Not. 22 S. 420. Wäre sie es nicht: so würde sich ihr Inhalt dadurch erklären, daß gerade für diesen Fall bei der actio de peculio eine Hülfe gegen die Folgen der strengen Prozeßconsumtion im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sich besonders rechtfertigte. Vrgl. Keller S. 558 f.

26) D. XIV, 5 quod cum eo qui in alien. potest. *l.* 4 § 5; vrgl. auch Francke a. a. O. S. 420. Ueber die Bedeutung der directen condictio gegen den Vater in J. IV, 7 e. t. § 8 f. Francke S. 422.

27) D. XIV, 1 de exerc. act. *l.* 1 § 24. — Das im Text Nr. 2 Ausgeführte folgt ganz nothwendig aus dem Princip der Consumtion und ist zuerst vollkommen überzeugend bewiesen worden von Keller § 50—53. In Justinians Rechts-

## II.

## Milderungen der prozeßualischen Consumtion.

Würde man den Grundsatz der Consumtion und Novation des Rechtsverhältnisses durch die Lit. Cont. durchaus in seiner vollen Strenge und Consequenz angewendet haben: so hätte er auf Folgerungen geführt, durch welche die Unnatürlichkeit gar zu weit getrieben worden wäre. Deßhalb finden wir schon in der Zeit, in welcher im Röm. Rechte dieser Grundsatz durchaus in Wirksamkeit bestand, doch im Allgemeinen bei allen Klagen einige Milderungen desselben, welche ganz nothwendig geboten waren.

Die durch die Litis Contestation begründete Obligation nämlich war doch im Grunde und Wesen von der ursprünglichen, aus welcher geklagt wurde, nicht verschieden, indem sie sich in Wesen und Gehalt nach der alten Obligation, soweit diese in judicium deducirt wurde, bestimmte und gleichsam nur eine neue Form bildete, in welche die alte Obligation überging. Zwar ging die neue Obligation (das condemnari oportere) stets auf

---

bücher gingen aber nur wenige Spuren von diesen Folgen über (unter diesen namentlich einige Stellen, welche schon allmählige Milderungen des Grundsatzes enthielten). Denn natürlich suchten die Verfasser jener Rechtsbücher solche Stellen aus dem alten Recht wegzulassen oder durch Interpolation zu ändern, weil zu ihrer Zeit das ganze Princip nicht mehr galt. Sie waren aber hierin nicht genau genug oder nahmen manche Stellen auch wegen anderer in ihnen enthaltenen noch praktischen Beziehungen auf, und so finden wir eine Reihe von Andeutungen des alten unpraktisch gewordenen Grundsatzes in den Pandecten, z. B. Not. 25—27, ferner D. XV, 1 d. pecul. *l.* 32 pr. XIV, 3 de instit. act. *l.* 13 pr.; vrgl. auch Francke a. a. O. S. 417 f. Solche Stellen konnten natürlich vor Auffindung der Institut. von Gajus, durch den wir erst über die proz. Consumtion des älteren Röm. Rechts Aufschluß erhielten, gar nicht gehörig verstanden werden und wurden deßhalb auch von den früheren Juristen großentheils ganz mißverstanden. Sie gaben daher auch auf dem Boden des praktischen Rechts, namentlich in der Lehre von der Klagenconcurrenz, zu vielen Zweifeln Streitigkeiten und Verstößen Veranlassung. Traurig ist es freilich, daß die Aufschlüsse über wichtige praktische Beziehungen des Inhalts der bei uns geltenden Rechtsbücher von solchen Zufälligkeiten abhängen!

Geld (H. II S. 15) und somit häufig auf einen anderen Gegenstand, als die ursprüngliche Obligation. Aber die Geldsumme selbst, in welche verurtheilt werden mußte, bestimmte sich in Bestand Größe und Umfang durchaus nach der ursprünglichen Obligation; diese ursprüngliche Obligation wurde eingeklagt (H. II S. 23), über sie wurde verhandelt; war sie nicht begründet: so fiel die Verurtheilung weg, und wenn sie begründet erfunden wurde: so war die nun nöthige Geldcondemnation eigentlich nur eine Uebersetzung des eigentlich Geschuldeten in das exequirbare Object.

Aus diesen Rücksichten wurde das Princip der Consumtion dahin modificirt:

a. Bei einer eigentlichen (freiwilligen) Novation gehen die Accessionen der alten Obligation auf die neue, die an deren Stelle gesetzt wird, nicht über, sondern erlöschen durch die Novation [27 a], wenn sie nicht für die neue Obligation ausdrücklich neu bedungen werden (D. XIII, 7 de pign. act. *l.* 11 § 1); bei der durch Litis Contestation bewirkten (nothwendigen oder gezwungenen) Novation blieben aber die Accessionen der ursprünglichen Obligation, so weit diese überhaupt als begründet erfunden wurde, gültig (nur nicht eine für sie früher gestellte Bürgschaft, s. oben S. 18 und Not. 33) [28]. Es bleiben daher die Pfandrechte, durch welche das eingeklagte Rechtsverhältniß gesichert war, auch nach der Lit. Contestation und nach gefälltem Urtheil (wenn nicht gegen die Forderung selbst erkannt wurde) bestehen [29]; war mit der eingeklagten Obligation eine Zinsverbindlichkeit, sey es aus Vertrag oder Verzug ꝛc. verbunden: so wurde sie nicht durch die Lit. Cont. aufgehoben; die Zinsen liefen vielmehr auch nach der Lit. Cont. noch fort (usurae currunt) [30],

---

27 a) Z. B. Pfandrechte, Zinsverbindlichkeiten, Vorzugsrechte, welche mit der alten Obligation verbunden waren, D. XLVI, 2 de novat. *l.* 18 *l.* 29.

28) L. 29 cit. Neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes sed meliorem. Freilich traf Dieses nicht durchaus zu; das meliorem causam facere bezieht die Stelle auf die Unterbrechung der Verjährung und den Uebergang des Rechts auf die Erben.

29) D. XX, 1 de pignorib *l.* 13 § 4 vrgl. auch XIII, 7 de pign. act. *l.* 11 pr. § 1.

30) D. XXII, 1 de usur. *l.* 35 (Lite contestata usurae currunt). Die

und waren bei der alten Obligation Zinsen besonders (auf eine klagbare Weise) versprochen und die Lit. Cont. über die Hauptobligation eingeleitet: so konnten die Zinsen immer noch besonders eingeklagt werden [30 a].

---

Allgemeinheit dieser Milderung bestreitet Mayer in s. scharfsinnigen Schrift über Lit. Cont. (nach dem ältesten Röm. Recht vor der Zeit des Formularproz. s. oben H. II S. 5) S. 35 f., indem er behauptet, „von der Zeit an, wo über die Hauptschuld Lis contestata war, liefen keine Zinsen mehr," wenn nicht die Zinsverbindlichkeit zugleich mit der Hauptschuld eingeklagt worden sey. Allein von Anderem abgesehen, so übergeht Mayer die *l.* 35 cit. ganz, welche ganz allgemein spricht, und gerade im Gegensatz zur *l.* 18 de novat. in Beziehung auf Zinsen die entschiedenste Verschiedenheit zwischen den Wirkungen der Lit. Cont. und denen der eigentlichen Novation ausspricht. Die cst. 1 de judic. aber sagt doch wohl nur, daß bei einer mit einer besonderen Klage verfolgbaren Zinsverbindlichkeit (Not. 30 a) Das, was noch nicht in judicium deducirt wurde, besonders eingeklagt werden könne, und die *l.* 90 de V.O. spricht nur den Satz aus, daß eine für einzelne Termine bis zur Zahlung des Capitals versprochene Conventionalstrafe fortwachse, bis das Capital bezahlt sey, und durch Lit. Cont. nicht sistirt werde. Daraus könnte man eher schließen, daß auch die stipulirte Zinsverbindlichkeit fortlauft, weil die Stipulation die Zeit bis zur solutio sortis umfaßt, in dieser Beziehung aber die Lit. Cont. der solutio nicht gleichgesetzt wird. — Dagegen gab die *l.* 35 in praktischer Beziehung zu Mißverständnissen Veranlassung. Während sie nämlich blos in der angegebenen Weise auf die prozeßualische Consumtion des älteren Röm. Rechts sich bezieht (wie wir freilich nun erst aus Gajus recht sehen), wurde sie von Vielen auf dem Gebiete unsres praktischen Rechts dahin völlig mißverstanden, als ob stets ein Beklagter, wenn er unterliegt, von der Lit. Cont. an unbedingt Zinsen zahlen, also von da an stets in Zinsen verurtheilt werden müsse, wenn er auch gar nicht im Verzuge (ob. H. II S. 54) war und keine Zinsen versprochen hatte. Der wahre Sinn der Stelle läßt sich gar nicht verkennen, wenn man, bekannt mit dem Institute der proz. Consumtion, sie namentlich mit Dem vergleicht, was die angef. *l.* 18 de novat. als Gegensatz gerade über Zinsenlauf von der Wirkung einer eigentlichen (freiwilligen) Novation sagt („usurae non currunt" Not. 27 a). Uebrigens erklärten auch schon manche Aeltere, ohne von der proz. Consumtion viel mehr zu wissen als was die *l.* 29 de novat. sagt, die Stelle doch ganz richtig, z. B. Lauterbach Coll. Pand. XXII, 1 § 18.

30 a) C. III, 1 de judic. cst. 1. Vrgl. Not. 30. Wurden bei b. f. negotiis wegen Verzugs oder ex pacto adjecto Zinsen geschuldet: so liefen sie allerdings auch nach der Lit. Cont. fort (Not. 30); allein wenn sie nicht mit der Hauptschuld gefordert und zuerkannt wurden: so konnten selbst die ex pacto geschuldeten (wenn sie nicht durch eine praescriptio vorbehalten wurden S. 15)

b. Wenn der Beklagte während des Prozesses freiwillig den eigentlichen Gegenstand des ursprünglichen Rechtsverhältnisses, aus welchem geklagt wurde, zahlte: so konnte er das Gezahlte nicht mehr zurückfordern (D. XII, 6 de cond. indeb. *l.* 60 pr. XV, 1 de pecul. *l.* 50 § 2 XLVI, 3 de solut. *l.* 71 § 3), weil das Gezahlte es war, was er eigentlich schuldete. Deßhalb wurde er durch eine solche Zahlung von seiner ganzen Schuld frei und er mußte nun von der Klage absolvirt werden. Freilich konnte man nach einem starren Formalismus auf das Gegentheil kommen, weil die ursprüngliche Schuld durch die Lit. Cont. perimirt war und das an ihre Stelle getretene condemnari oportere nach dem §. II S. 15 ausgeführten Grundsatze immer auf eine Geldsumme, also häufig auf ein ganz anderes Object, als die ursprüngliche Schuld ging. Wirklich behauptete auch ein Theil der Röm. Juristen (die Proculeaner), daß in gewissen Fällen — wie es scheint, bei stricti juris actiones [31] — der Beklagte,

---

nicht nachgefordert werden, weil sie mit der Klage aus der Hauptobligation zu verfolgen und unter ihrer intentio (quidquid ob eam rem dari fieri oportet) enthalten waren. — Ebenso muß man unterscheiden, wenn zuerst die Zinsen allein eingeklagt wurden. Beruhten sie auf einer besonderen Stipulation (was bei negotiis stricti jur. immer der Fall seyn mußte, wenn sie klagbar geschuldet werden sollten): so wurde durch die Lit. Cont. über die Stipulationsklage die Klage auf das Capital nicht consumirt, weil es sich von völlig verschiedenen Klagen und Obligationen handelt (dieß sagt auch die erste Periode der *l.* 23 XLIV, 2 de exc. rei jud., wie sich aus dem Gegensatze der zweiten Periode ergibt); waren sie aber bei einem negotium bonae fid. wegen Verzugs oder ex pacto geschuldet und mit der Klage aus dem negotium blos die Zinsen (also mit einer die Forderung auf das Capital vorbehaltenden Präscriptio) gefordert: so konnte der Kläger, wenn er siegte, später auch noch das Capital, die später fällig werdenden Zinsen aber nur dann mit derselben Klage fordern, wenn er sich wegen derselben durch die S. 15 angeführten Präscriptionen gegen die Folgen der proz. Consumtion gedeckt hatte (s. die 2te Periode der *l.* 23 cit., wo nur die Präscriptionen wohl durch Justinians Commission weggelassen wurden, weil sie zu seiner Zeit nicht mehr praktisch waren; vrgl. auch Keller S. 537). Auch bei Zinsen aus einer Stipulation waren diese Präscriptionen nöthig, wenn mit einer formula incerta geklagt wurde und der Kläger nicht das Recht verliehren wollte, auch später für die folgende Zeit, so lange das Capital steht, die stipulirten Zinsen zu fordern S. 16 und Gajus IV, 131.

31) S. besonders Keller a. a. O. S. 182 f., dem meines Wissens in dieser

wenn er erst nach der Litis Contestation den eigentlichen Gegenstand seiner ursprünglichen Verbindlichkeit, aus der er belangt wurde, freiwillig leistete, dadurch sich nicht befreien und die Verurtheilung nicht von sich abwenden konnte (Gajus IV, 114; eine ganz ähnliche Consequenz derselben Juristen s. bei Gajus III, 168). Allein die Sabinianer verwarfen dieß mit Recht und nahmen an, daß durch eine solche freiwillige Zahlung die in judicium deducirte Obligation stets ganz getilgt werde, wenn sie vor der Verurtheilung geschah (denn nach der Verurtheilung konnte der Verurtheilte nur durch Zahlung der Summe, in die er verurtheilt war, sich befreien), der Beklagte also in einem solchen Falle absolvirt werden müsse, weil die Verbindlichkeit des Beklagten an sich und auch die Klage selbst (die intentio) auf diesen eigentlichen Gegenstand des ursprünglichen Rechtsverhältnisses geht und nur die condemnatio auf Geld gerichtet war [31 a]. Diese Ansicht, welche durch den Satz „omnia judicia absolutoria esse" ausgedrückt wurde, scheint jedenfalls schon in den späteren Zeiten der classischen Röm. Juristen allmählig die allgemeine geworden zu seyn [32]. Nur darf man diesen Satz nicht auch auf solche Fälle anwenden, in welchen der Gläubiger aus anderen Gründen ein Recht aufs Interesse erhielt, z. B.

---

Beziehung alle Spätere beistimmten. Die betreffende Stelle bei Gajus hat gerade bei der Angabe der Fälle eine Lücke.

31 a) S. oben H. II S. 17 Not. 4 S. 23.

32) Gajus IV, 114. J. IV, 12 de perp. act. § 2 und eine Anwendung des freieren Grundsatzes auf ein stricti jur. negot. in *l.* 63 § 1 D. XXXVI, 1 ad S.C. Treb. (von Gajus). Obgleich hiernach von der entgegengesetzten Ansicht in Justinianischem Rechte gar nicht mehr die Rede seyn konnte: so hat Justinians Commission doch in den in den Pandecten excerpirten Schriftstellern nicht alle Spuren dieser von Justinian in § 2 cit. ausdrücklich verworfenen Ansicht zu tilgen gewußt; z. B. D. XLV, 1 d. V.O. *l.* 84, eine Stelle, deren Inhalt sehr häufig noch jetzt als geltender Rechtssatz angeführt wird (z. B. Thibaut Pandectenr. § 100 Not. f. v. Madai Lehre von der Mora § 67), während ihre Beziehung, die wir freilich erst aus Gajus gehörig verstehen, offenbar blos eine historische ist; vrgl. auch Keller a. a. O. § 22 S. 180 f. Bethmann-Hollweg Prozeß S. 320 f. Savigny System Bd. V S. 135. Auf die gleiche Weise ist auch die *l.* 57 pr. XLVI, 3 de solut. zu erklären.

wenn die geschuldete Leistung durch wahren Verzug des Beklagten für den Gläubiger ganz interesselos wurde; denn hier kann er die Annahme jener Leistung verweigern und Ersatz des Interesses verlangen (oben §. II S. 24, 25).

c. Wenn der Kläger vom Beklagten wegen einer Schuld in einem anderen Prozesse belangt wurde: so konnte Jener die Forderung, wegen welcher er den Beklagten belangt hatte, zur Compensation bringen, soweit sich der Fall überhaupt zur Compensation eignete, obgleich sie eigentlich durch die Lit. Cont. erloschen war (D. XVI, 2 de compens. *l.* 8).

In diesen von der Aequitas gebotenen Beziehungen wirkte die alte Obligation trotz ihrer durch Litis Contestation eingetretenen directen oder indirecten Consumtion fort, aber (abgesehen von bestellten Pfandrechten Not. 29) nur unter den Parthieen, zwischen welchen die Lis contestirt war [32a]; es galt insoweit der materielle Inhalt der Obligation durch die Lit. Cont. nicht als consumirt und deßhalb sagen auch einige Stellen (die S. 25 unter b angef. *l.* 60 pr. und *l.* 52 § 2 s. auch Not. 33), insoweit sey die naturalis obligatio nicht in litem translata.

Auf den Grund dieser Stellen wird, so viel ich finde allgemein, von den Neueren behauptet, daß durch die Litis Contestation nur das klagbare Moment des Rechtsverhältnisses consumirt, sein naturaler Bestandtheil aber, die Naturalobligation, völlig unberührt bestehen geblieben sey. Nur sind die Ansichten darüber verschieden, ob dieß in allen Fällen sich so verhalten habe, oder nur in einigen, und ob auch die Wirkung des (absolutorischen) Urtheils eine so beschränkte gewesen sey. Allein keine dieser Ansichten scheint mir in ihrer unbedingten Ausdehnung begründbar zu seyn. Die gewöhnliche Ansicht nimmt bei Lit. Cont. und Urtheil die Fortdauer einer naturalis obligatio an, indem sie davon ausgeht, daß stets blos nur die civilis obligatio, die Klage, in judicium deducirt worden sey, nicht auch die ganze Obligation, der naturale Bestandtheil derselben, und daß deßhalb die

32 a) Daraus erklärt sich auch, daß wenn ein correus credendi klagte, der Schuldner nach der Lit. Cont. durch Zahlung an den andern corr. credendi sich nicht mehr liberiren konnte D. XLV, 2 de duob reis *l.* 16.

durch Lit. Cont. und später durch Urtheil eintretende Consumtion sich auf den naturalen Bestandtheil der Obligation nicht bezogen habe, daß also, wie z. B. von der Pforten (s. Not. 33 a) sagt, durch die Lit. Cont. die Obligation in zwei Bestandtheile, in den civilrechtlichen und in den natürlichen, gespalten, der erstere durch die Lit. Cont. getilgt und durch die bedingte Verbindlichkeit des condemnari oportere und, wenn eine Verurtheilung erfolgte, durch das judicatum facere oportere ersetzt worden, der zweite aber ganz unberührt außerhalb des Prozesses geblieben sey. — Man möchte aber fragen, ob eine solche Spaltung überhaupt nur etwas Mögliches ist. Allerdings kann man sich wohl eine Obligation ohne eine Klage denken; denn eine Obligation kann auch ohne das Moment der Klagbarkeit bestehen; man kann sich aber nicht eine Klage (aus einer Obligation) denken gleichsam ohne eine Obligation, eine Klage welche getrennt vom natürlichen materiellen Bestandtheil der Obligation rein für sich bestände, selbstständige Bedeutung hätte und so in judicium deducirt werden könnte, blos ein klagbares Moment für sich ohne den materiellen Inhalt der Obligation. Und wie soll denn dieses blos formelle Moment, die Klage, ohne den naturalen Bestandtheil der Obligation doch in die materielle Obligation des judicatum facere übergehen können, während der naturale Bestandtheil der ursprünglichen Obligation vom Prozesse gar nicht berührt wäre, und wie sollte dann die Erfüllung des Judicats auch den Letzteren tilgen? Wie wäre es erklärbar, daß durch die gegen den Hauptschuldner angestellte Klage der Bürge unbedingt frei wird [33] und daß, wenn der

33) Dieses Beispiel dürfte besonders zu zeigen geeignet seyn, wie die Röm. Juristen nur zum praktischen Nothbehelfe, nur in gewissen Beziehungen auf den Gedanken einer fortdauernden Naturalobligation kamen, welche mit den anderen entschieden anerkannten Wirkungen der proz. Consumtion und mit ihrer allgemeinen Natur in Widerspruch stand. Sie thaten es nur, um jene Sätze unter a—c (S. 23 f.) zu retten, weil, wenn auch nicht einmal jene Sätze anerkannt worden wären, die Starrheit der Consequenz gar zu weit getrieben worden seyn würde. Vrgl. auch *l.* 29 de novat. Dieß sieht man nun gerade an dem obigen Beispiel. Wird die Klage gegen den Hauptschuldner anhängig gemacht: so wurde der Bürge unbedingt frei (Not. 21); es mußte hiernach durch die Lit.

eine correus credendi klagte, der Schuldner durch Zahlung an den Anderen sich nicht mehr liberiren kann (Not. 21, 32 a), falls der naturale Bestandtheil der Obligation gar nicht in Judicium deducirt wäre? oder daß einzelne Stellen geradezu sagen, petitione tota solvitur obligatio (D. XLV, 2 de duob. reis *l.* 2)? Auch hätte bei jener Ansicht nicht eine eigentliche Novation der ganzen Obligation durch Lit. Cont. entstehen können, von der doch Gajus (J. III, 180) spricht. Ueberhaupt ist die ganze Darstellung, welche Gajus von der prozessualischen Consumtion gibt, mit jener Ansicht nicht wohl vereinbar. Gajus spricht von den Aufhebungsgründen der Obligationen. Zuerst sagt er (III, 168): tollitur obligatio solutione, und führt dieß näher aus; dann geht er über auf die acceptilatio, und sagt ebenso von dieser (III § 169, 170): per acceptliationem tollitur obligatio, obligatio potest dissolvi; dann sagt er ebenso von der novatio (III § 176): praeterea novatione tollitur obligatio. Unbestritten und unbestreitbar ist es, daß in allen diesen Fällen (solutio, acceptilatio, novatio) die Obligation auch ihrem naturalen Bestandtheile nach aufgehoben wird, und dieß hier Gajus durch tollitur, dissolvitur obl. bezeichnet. Und nun knüpft er daran die litis contestatio (III, 180) und sagt auch ganz so von ihr: tollitur obligatio litis contestatione, obligatio dissolvitur. Kann hier das tollitur, dissolvitur obligatio in einem wesentlich anderen Sinne genommen werden, als in den

---

Cont. auch die Naturalobligation zerstört worden seyn. Denn: „ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem respondit; cum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum“ (D. XLVI, 1 de fidej. *l.* 60). Aber gar zu weit gegangen wäre es gewesen, wenn man eine Bürgschaft, die erst nach begonnenem Prozesse für die ursprüngliche Schuld bestellt wurde, für ungültig erklärt hätte. Diese ließen daher die Röm. Juristen aus denselben Gründen zu, aus welchen sie eine Zahlung während des Prozesses zuließen (D. XV, 1 de pecul. *l.* 50 § 2), und sie colorirten dann hier die Abweichung von der Consequenz damit, daß sie sagen, in so ferne sey die naturalis obl. in litem non translata, während, wenn dieß an sich und allgemein richtig wäre, auch ein früher bestellter Bürge hätte verhaftet bleiben müssen.

unmittelbar vorangehenden Stellen? — Einen Mittelweg schlägt von der Pfordten ein [33a], der sich aber eigentlich noch weniger vertheidigen läßt. Er bezieht die Fortdauer der obligatio naturalis auf die judicia legitima, bei welchen mit einer formula in jus concepta eine persönliche Klage angestellt wurde, beschränkt sie also auf den Fall der directen Consumtion der alten Obligation durch Lit. Cont. und Urtheil; bei der indirecten Consumtion aber nimmt er eine Zerstörung der ganzen Obligation, auch in ihrem natürlichen Bestandtheile, durch die exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae an. Allein es wäre doch mehr als auffallend und ohne Beispiel, wenn ein Umstand, der ipso jure vernichtend wirkt (die Lit. Cont. und das Urtheil bei den angeff. judicia legitima), weniger Wirkung hätte, als ein Umstand, welcher blos ope exceptionis wirkt, wenn überhaupt die strenge civile Consumtion nicht so wirksam wäre, als die blos indirecte durch Einreden. Auch geht aus Gajus III § 180, 181 hervor, daß die Wirkung in beiden Fällen dieselbe sey, nur daß sie in dem einen ipso jure, in dem anderen ope exceptionis eintrat [33b], jedenfalls aber, daß die Wirkung der ipso jure eintretenden Vernichtung keine geringere sey. — Andere endlich unterscheiden zwischen der negativen Wirkung der Lit. Cont. und der des Urtheils z. B. Büchel Erörtt. Bd. II Abth. 1 S. 106 f. v. Vangerow Pandect. § 173 i. A. Nach dieser Ansicht soll durch die Litis Contestation allerdings nur die civilis obligatio, das Moment der Klag-

---

33 a) „Bleibt eine obligatio naturalis übrig, wenn Jemand, der wirklich Schuldner war, freigesprochen wird?" im Arch. f. civil. Prax. Bd. XXIV, S. 108—153, besonders S. 147 f.

33 b) Dafür, daß beide Consumtionen das Gleiche wirken, nur auf verschiedenen Wegen, sind unter Andern auch Keller Die Litis Contestation § 31 v. Savigny System Bd. V S. 84. Vrgl. auch Fein im Arch. f. civil. Prax. Bd. XXVI S. 382. Ueberhaupt finden wir nirgends eine Hindeutung darauf, daß die directe und indirecte Consumtion in Anderem sich unterschieden, als eben im Directen und Indirecten; im ersten Fall wird die alte Obligation nach Gajus ganz in judicium deducirt und durch die obligatio ex litis contestatione schon ipso jure consumirt, im letzteren Fall bleibt die alte Obligation nach strengem Rechte zwar bestehen, wird aber durch eine exceptio perpetua ganz elidirt.

barkeit, zerstört worden seyn; wenn es aber zum (absolutorischen) Urtheil gekommen sey, habe dieses die ganze ursprüngliche Obligation auch in ihren naturalen Bestandtheilen zerstört. Allein der erstere Theil dieser Ansicht in Betreff der Wirkungen der Lit. Cont. dürfte durch das eben Ausgeführte widerlegt seyn. Was aber die Wirkungen des Urtheils betrifft: so geht aus der ganzen Ausführung von Gajus hervor, daß die negativen, die consumirenden Wirkungen des Urtheils lediglich ganz dieselben sind, wie die der Lit. Cont., d. h. daß, wenn es zum Urtheile kommt, nun eben die negativen Wirkungen der Lit. Cont. formell und der Benennung des Rechtsmittels nach sich an das Urtheil knüpften. Durch das Urtheil, soweit es negativ wirkt, bleibt nun Das zerstört, was durch die Lit. Cont. consumirt war, also im Allgemeinen das ganze ursprüngliche Rechtsverhältniß; aber auch das Urtheil zerstört es nur soweit, als die Lit. Cont. es zerstört hatte d. h. auch beim Urtheil bleiben, was seine negative Wirkungen betrifft, die S. 23 f. unter a—c angeführten Milderungen bestehen [34].

Beachtet man dieß gehörig: so erklärt sich auf eine sehr natürliche Weise die Verschiedenheit der Wirkungen verschiedener absolutorischer Urtheile im älteren Röm. Recht. Es kann nämlich ein absolutorisches Urtheil

1. sich auf das Nichtbegründetseyn des klägerischen Anspruches stützen d. h. der Beklagte wird aus materiellen Gründen, weil er wirklich nichts schuldig sey, freigesprochen.

---

34) Keine Quellenstelle deutet meines Wissens irgend an, daß die negative Wirkung des Urtheils weiter gegangen sey, als die der Lit. Cont. Büchel (a. a. O. S. 109 Not. 3) beruft sich dafür auf *l.* 4 § 3 de nox. act.; allein daß diese Stelle Etwas der Art nicht sagt, ergibt sich aus dem oben Not. 19 Gesagten. Es können vielmehr gerade entschiedene Argumente für das Gegentheil angeführt werden (S. 10 f. 33). Dahin gehört wohl auch, daß beim condemnatorischen Urtheil doch die früher für die ursprüngliche Schuld bestellten Pfandrechte bestehen blieben (*l.* 13 § 4 de pignor.); denn durch die consumirende Wirkung der Lit. Cont. wurden sie nicht aufgehoben (S. 23), ebendeßhalb werden sie auch durch die negative Wirkung des Urtheils nicht aufgehoben; der positive Inhalt des condemnatorischen Urtheils aber, der Ausspruch, daß der Schuldner zahlen müsse, widerspricht dem Fortbestehen der Pfandrechte, bis gezahlt ist, nicht.

Hier wirkte das Urtheil nicht blos negativ, sondern auch positiv d. h. es gilt nun als formelle Wahrheit, daß der Beklagte nichts schuldig sey, und deßhalb, wegen dieser positiven Wirkung, müssen nun hier von der Zeit des Urtheils an die Milderungen wegfallen, welche bei der bloßen negativen Wirkung der Lit. Cont. und des Urtheils galten (die S. 23 f. a—c angeführten). Denn eine Nichtschuld kann keine Accessionen haben (es können also auch weiter keine Accessionen gefordert werden), für eine Nichtschuld kann kein Pfand bestehen (es wird daher das bestellte Pfand durch ein solches absolutorisches Urtheil ungültig [35]), eine Nichtschuld kann nicht mehr zur Compensation gebracht werden, und wird sie später irrthümlich bezahlt: so kann man sie zurückfordern [35 a].

2. Anders ist alles Dieses, wenn das absolutorische Urtheil keinen positiven Ausspruch über das Begründetseyn der Schuld des Beklagten enthält. Dieß konnte im älteren Röm. Recht in mehreren Fällen vorkommen, nämlich wenn der Kläger causa cadit oder sein Prozeß tempore moritur. In Beziehung auf diese Fälle ist bei uns viel Streit, ob der Beklagte naturaliter obligatus blieb oder nicht. Allein die Frage dürfte sich wohl einfach lösen lassen. Wenn nämlich der Kläger wegen eines Fehlers in der Formel, durch welchen er eine Pluspetition beging, abgewiesen wurde (causa cadere Not. 14 a. E.): so konnte das Urtheil keineswegs die Erklärung, daß der Beklagte nichts schuldig gewesen sey, keinen positiven Ausspruch über seine Nichtschuld enthalten. Das Urtheil konnte daher auch keine besondere positive Wirkung haben, sondern blos die negative, die schon

---

35) Dieß sagt ganz entschieden D. XX, 6 quib. mod. pign. *l.* 13 und nur so läßt sich jeder scheinbare Widerspruch zwischen *l.* 27 und *l.* 30 § 1 (Not. 36 und 38 citt.) und der eben angef. *l.* 13 heben. Gegen die Ansichten Anderer über diese Stelle s. die XIV. Erört. nach Not. 5.

35 a) Dieß wird freilich von den Meisten bei einem mit Unrecht Freigesprochenen bestritten, indem sie annehmen, bei jedem absolutorischen Urtheil bleibe (nach älterem und nach dem neuesten Röm. Recht) der Freigesprochene, wenn und soweit er überhaupt etwas schuldig war, immer noch naturaliter obligatus. Ueber diese Ansicht aber, mit welcher die Entscheidung der *l.* 13 cit. völlig unvereinbar ist, s. unten XIV. Erört.

durch die Lit. Cont. herbeigeführt war. Durch die Lit. Cont. war das Recht des Klägers aus der ursprünglichen Obligation consumirt und bei dieser Consumtion verblieb es nun lediglich, da das Urtheil nichts weiter an die Stelle setzte; aber eben, weil es bei dieser Consumtion blieb, blieben auch die Milderungen, soweit sie noch anwendbar waren, bestehen, welche bei der prozeßualischen Consumtion galten (S. 23 f.). Namentlich konnte daher der Schuldner, wenn er dennoch seine ursprüngliche Schuld zahlte oder gezahlt hatte, sie nicht wieder zurückfordern (denn es war nicht ausgesprochen, daß er nichts schuldig sey); für die nicht gezahlte Schuld blieb das bestellte Pfandrecht bestehen (da eine Nichtexistenz der Schuld nicht ausgesprochen war), so daß der Kläger nun mit der Pfandklage doch zu seiner Befriedigung gelangen konnte [36]. Ganz das Gleiche mußte aus denselben Gründen bei der uns auch erst aus Gajus bekannten s.g. Prozeßverjährung gelten, nach welcher jeder Kläger nach der Lit. Cont. abgewiesen werden mußte, wenn der Prozeß bei judiciis legitimis nicht in $1\frac{1}{2}$ Jahren, bei judiciis imperio continentibus (S. 3) nicht während der Amtszeit des Magistrats, der die Formula gegeben hatte, entschieden wurde [37].

---

36) D. XX, 1 de pign. *l.* 27. Diese Stelle (Fingamus nullam etc.) geht unwiderspreсhlich davon aus, daß im Falle der Consumtion durch causa cadere die S. 23 f. berührten Modificationen bestehen bleiben.

37) Gajus IV, § 104, 105 Keller S. 131—165. Der Judex konnte, wenn diese Zeit abgelaufen war, nicht mehr ein Urtheil fällen (das Verhältniß wurde ganz angemessen bezeichnet durch judicium exspirat, lis moritur, perit, litem tempore amittere). Aber das in judicium deducirte Rechtsverhältniß war und blieb durch die Lit. Cont. consumirt und daraus erklären sich dann auch ganz die Wirkungen dieser Prozeßverjährung. — Es konnte daher eine einmal angebrachte und zur Lit. Cont. gediehene Klage in keinem Falle mehr wieder angestellt werden, sie war jedenfalls verlohren. Aber die Wirkungen waren je nach der Verschiedenheit des Falles sehr verschieden. Denn a. wurde der Beklagte condemnirt; so blieb das alte Rechtsverhältniß aufgehoben und ging ganz in die Obligation auf Zahlung der judicirten Geldsumme über; durch Erfüllung der ursprünglich geschuldeten Leistung konnte sich nun der Schuldner nicht mehr befreien, wenn der Sieger nicht zustimmte (S. 6, 26), nur die alten Pfandrechte blieben bestehen (Not. 34); b. wurde die Forderung als wirklich unbegründet verworfen: so konnte sie in keiner Weise mehr geltend gemacht werden; auch die Pfandrechte, wie alle andre Accessionen, erloschen (S 32); c. wurde der

Von Neuem konnte ein solcher Kläger seine Klage nicht anstellen, weil das Rechtsverhältniß durch die Lit. Cont. consumirt war. Natürlich blieben aber die Milderungen, die bei dieser Consumtion galten, auch hier, wie beim causa cadere bestehen [38].

Auch mit den S. 23 a—c angeführten allgemeinen Milderungen konnte doch der Grundsatz der prozeßualischen Consumtion in einzelnen Fällen noch gar zu sehr zu auffallenden Härten führen, wie aus den S. 11 f. 17 f. angeführten Beispielen hervorgeht, so daß schon das ältere Röm. Recht gegen eine unbedingte Anwendung desselben auf alle Vorkommnisse sich sträubte. Es wurde daher in besonders auffallenden Fällen vielfach auf indirecte Weise gegen die Consequenzen der Consumtion geholfen, namentlich durch Widereinsetzungen in den vorigen Stand oder durch eine doli replicatio oder durch Ertheilen von utiles ac-

---

Kläger wegen dilatorischer Einreden, überhaupt wegen Pluspetition abgewiesen oder ließ er zur Zeit die Klage fallen; so konnte er wegen der proz. Consumtion seinen Anspruch nicht mehr erneuern; es galten aber hier die S. 23 f. angeff. Milderungen; d. blieb endlich der Prozeß liegen: so exspirirte er in der Regel in ganz kurzer Zeit und die Wirkung war die unter c angeführte (Not. 38). — Eine Perpetuation der Klage durch ihre Anstellung fand in diesen Zeiten nur sehr uneigentlich statt; es konnte nämlich die Verjährung bei den actiones temporales nach der Lit. Cont. nicht weiter laufen. Wurde aber der Prozeß nicht bald beendet (s. Gajus *l.* c.): so ging er auf die unter d angegebene Weise verlohren.

38) Allerdings blieb nicht die volle Naturalobligation bestehen (z. B. der Bürge des Beklagten wird frei); aber zu weit ist es gegangen, wenn Manche, wie Linde in der Gießn. Zeitschr. II S. 188 Büchel a. a. O. S. 117, jedes Fortbestehen der Wirkungen der Obligation läugnen. Denn die *l.* 30 § 1 IX, 2 ad *l.* Aq. geht bestimmt davon aus, daß in einem solchen Fall die Pfandrechte überhaupt (nicht blos gegen dritte Besitzer, eine Scheidung, welche ohnehin nicht möglich ist) bestehen bleiben und daher durch sie die consumirte Forderung indirect noch verfolgbar sey und dieß läßt sich nur auf die im Texte bemerkte Weise (wie im Fall der Not. 36) erklären. Von dem gleichen Fall wird wohl auch die *l.* 8 § 1 XLVI, 8 rat. rem. zu verstehen seyn (vrgl. Francke Civ. Abhandlungen S. 76 f. Keller S. 159). Ueberhaupt nahm Justinians Commission auch hier wieder in die Pandecten manche Stellen auf, welche auf das Institut der Prozeßverjährung sich beziehen (z. B. außer den angeführten auch D. XLVI, 7 jud. solv. *l.* 2 XLII, 8 quae in fraud. cred. *l.* 3 § 1 IV, 3 de dol. *l.* 18 § 4 und noch Andere, s. Keller S. 139 f.), obwohl zu Justinians Zeiten jene Prozeßverjährung längst untergegangen war (vrgl. Not. 40).

tiones [39] oder halfen sich auch die Parthieen selbst in manchen Fällen durch Cautionen.

## III.

## Völliges Erlöschen des Instituts. Heutiges Recht.

Mit dem Verschwinden des Unterschiedes zwischen judicia legitima und imperio continentia und des Gebrauches der Klageformeln mußte die ipso jure eintretende prozeßualische Consumtion ganz wegfallen, so daß allgemein nur noch eine indirect durch exceptio rei in judicium deductae oder, wenn es zum Urtheil kam, durch exc. rei judicatae zu bewirkende Consumtion galt, die freilich, wie gesagt, im Wesentlichen nur auf einem Umwege dasselbe wirkte, was die ipso jure eintretende. Allein auch diese indirecte Consumtion wurde allmählig mehr und mehr gemildert (s. z. B. was Justinian in J. IV, 13 de except. § 10 erzählt), und verlohr sich noch vor Justinian in der späteren Zeit des Röm. Rechts größtentheils. Namentlich fielen auch die Fälle weg, in welchen ein absolutorisches Urtheil lediglich blos auf die Wirkungen der durch die Lit. Cont. herbeigeführten proz. Consumtion sich beschränkte, die Fälle des causa cadere und der Prozeßverjährung (S. 32, 33). Denn die Folgen der Pluspetition mußten sich mit dem Untergange des Formelnwesens ändern; sie bestanden nicht mehr im Verluste der Sache (J. de act. § 33 a. C. de except. § 10); die Prozeßverjährung aber mußte sich mit dem Aufhören des Unterschieds zwischen judicia legitima und imperio continentia ändern; sie

39) Daraus sind z. B. folgende Stellen zu erklären a. D. XIV, 5 quod cum eo qui in aliena potest. *l.* 4 § 5 XLVI, 1 de fidej. *l.* 27 pr. XLIV, 2 de except. rei jud. *l.* 2 *l.* 11 pr.; b. C. III, 1 de judic. cst. 2 D. XXVI, 7 de adm. tut. *l.* 46 § 5; c. D. XIV, 3 de instit. act. *l.* 13 pr. Vrgl. hierüber besonders Keller a. a. O. § 61, 64—69. Auch die *l.* 84 XLVI, 3 de solut. scheint hierher zu gehören; s. Fein im Arch. f. civ. Prax. XXVI, S. 374 f. wenn nicht überhaupt Justinians Commission es war, welche die ursprüngliche Fassung der Stelle aus dem in Not. 21 bemerkten Grunde so änderte, wie nun die Stelle in den Pandecten lautet.

erlosch und wurde theilweise durch ganz andere Institute zu ersetzen gesucht [40].

40) Einzelne Constitutionen der Imperatoren scheinen in sofern an das alte Institut sich angeschlossen zu haben, als sie Zeiten bestimmten, innerhalb welcher Prozesse über gewisse Klage entschieden seyn müssen, widrigenfalls die Klage nicht mehr solle geltend gemacht werden können z. B. C. Theod. II, 15 cst. 1 (perpetuo silentio conquiescat, in Beziehung auf die actio doli, wenn sie nicht vom verübten Dolus an in einem Jahre angebracht und von der Anstellung an in 2 Jahren entschieden sey; diese V. O. Constantins steht auch in C. Iust. II, 20 de dol. cst 8 abgekürzt und dahin geändert, die actio doli müsse in 2 Jahren angebracht und entschieden seyn); daß Gleiches auch bei andern Privatklagen in Betreff der Durchführung der Klage stattfand, deutet die angf. cst 1 des Theod. Cod. an. Aehnliche Termine für Fiscalsachen enthalten C. Theod. X, 1 cst. 4, 13 XI, 30 cst. 41; aber sie scheinen blos Vorschriften für den Richter zu seyn und bestimmen kein Präjudiz für den Kläger. Bei späteren ähnlichen Fristen dachte man jedenfalls nicht mehr an die mit der alten Prozeßverjährung in Folge der Lit. Cont. verbunden gewesene Consumtion, so in der Nov. 12 von Valentinian III (wenn der Prozeß nicht in 4 Monaten entschieden wird, soll der Beklagte von der Instanz absolvirt werden und Ersatz der Kosten erhalten, also der Kläger nicht seine Klage verliehren, sondern von Neuem klagen können); ebenso in einer ausführlichen Verordnung Justinians. In dieser (C. III, 1 de jud. cst. 13) setzt er für jeden Prozeß als Regel die Dauer von 3 Jahren fest, aber nur theils als Pflicht des Richters, der bei Verzögerlichkeiten hart gestraft wird, theils als eine Möglichkeit der Parthieen, durch ihr Betreiben die Sache in 3 Jahren zu Ende zu bringen, und so daß in manchen Fällen auch bloße Instanzentbindung eintrat, man also an eine consumirende Wirkung der Lit. Cont., die mit einer bloßen Instanzentbindung gar nicht vereinbar ist, nicht mehr dachte (es ist daher ungeeignet und führt leicht zu Verwirrung, diese letzteren Institute, wie es von Manchen namentlich von Linde am unten anzuf. Orte geschieht, eine Prozeßverjährung zu nennen). Für den Fall aber, wenn keine Parthie die Sache betreibt, somit eben der Prozeß liegen bleibt, war schon längst an die Stelle der alten untergegangenen Prozeßverjährung und ihrer Folgen ein anderes Institut getreten, die praescriptio XXX vel. XL annorum, indem Theodosius II bestimmte, daß, wenn nach der Litis Contestation der Prozeß 30 Jahre lang liegen bleibe, jene praescriptio eintreten solle (Theod. Cod. IV, 14 cst. un.). Diese Zeit erstreckt Justinian in C. VII, 39 de praesc. XXX vel. XL ann. cst. 9 auf 40 Jahre und zwar so, daß, wenn nach der Insinuation der Ladung (so jedenfalls nach C. VII, 40 de annal. exc. cst. 1 § 1 cst. 3) der Prozeß liegen bleibe, in 40 Jahren von der letzten gerichtlichen (d. h. vom Gerichte oder von einer Parthie vor dem Gerichte vorgenommenen) Handlung an jene praescriptio eintreten solle. Vgl. auch Linde in der Gießner Zeitschr. II S. 158—175, 179—186. Diese praescriptio XL annor. nennen im angegebenen Falle Viele Verjährung der Litispen=

Die letzten Spuren der prozeßualischen Consumtion, welche sich bis in seine Zeit als bloße Ruinen noch erhalten hatten, suchte endlich Justinian in seiner Gesetzgebung theils durch Weglassungen und Interpolationen [41], theils, wie in C. VIII, 41 de fidej. cst 28, durch ausdrückliche Verfügungen zu tilgen. Deßhalb finden wir auch in Justinians Rechtsbüchern gar keine Erwähnung der exceptio rei in judicium deductae und kennen überhaupt das Princip der prozessualischen Consumtion genauer nicht aus ihnen, sondern erst aus Gajus.

Durch diese allmählig und im neuesten Römischen Recht vollends ganz herbeigeführte Aufhebung des Princips der prozeßualischen Consumtion mußten sich nun für das neueste Röm. Recht die oben ausgeführten Einzelnheiten völlig ändern und die Sache sich auf eine wesentlich andere Weise gestalten, wie sie nun auch in unsrem heutigen Rechte gilt. Gerade aber in dieser Hinsicht dürften die Auffassungen und Vorstellungen sowohl bei den älteren als bei neueren Civilisten Manches vermissen lassen; bei den Aelteren, weil sie eine Reihe von Pandectenstellen mißverstehen mußten, indem die wahre Bedeutung derselben nur durch Aufschlüsse, wie sie uns Gajus erst seit einigen Jahrzehnten gab, erkannt werden konnte; bei manchen Neueren, indem sie theils diese Aufschlüsse nicht gehörig beachteten und benützten, theils dem abgestorbenen Institute der pro-

---

denz und unterscheiden sie besonders von der s. g. Klagenverjährung (so auch Linde a. a. O). Allein abgesehen davon, daß Verj. der Litispendenz gar kein gehörig bezeichnender Ausdruck ist: so ist jene Verjährung kein drittes Institut, sondern, sofern es sich nicht von einer Ersitzung handelt, nichts anderes, als ein Fall der gewöhnlichen, (freilich auch nicht ganz der Sache entsprechend so genannten) Klagenverjährung d. h. eine Klagenverjährung in dem Falle, wenn nach der durch Einleitung des Prozesses geschehenen Unterbrechung der Verjährung dieselbe durch Liegenbleiben der Sache von Neuem begonnen hat.

41) S. z. B. oben Not. 16, 17, 18 a, 19, 20 a. E., 21, 25, 27, 30 a a. E. Nur war seine Commission hier nicht immer gehörig aufmerksam und nahm auch in die Pandecten unverändert noch einige Stellen auf, die blos Ausflüsse des alten aufgehobenen Rechts enthalten. Vgl. Not. 27. Hierher gehört namentlich auch die vielfach mißverstandene *l.* 84 D. de V. O. (s. S. 41) und die *l.* 57 pr. de solut. (Not. 32).

zeßualischen Consumtion auch im heutigen Recht noch Wirkungen beilegen wollen.

Es wird deßhalb von Wichtigkeit seyn, das, was noch jetzt gilt, in genauerer Beziehung zu dem oben näher dargestellten Röm. Recht ausführlicher nachzuweisen.

A. Von einer wahren Novation, welche durch Litis Contestation begründet worden wäre, und einer Consumtion des anhängig gemachten Anspruchs kann jetzt gar nicht mehr die Rede seyn. Zwar wird in den Schriften über unser heutiges Recht noch häufig das Gegentheil gelehrt. Daß unsre älteren Juristen gewöhnlich von einer durch die Lit. Cont. bewirkten Novation sprechen, über diese aber freilich nicht recht ins Reine kommen konnten, erklärt sich, weil sie die wahre Beziehung der *l.* 29 d. novat. (oben Not. 6) nicht kennen konnten, die wir erst durch Gajus kennen lernten. Aber auch in den Schriften der neuesten Zeit wird noch für das neueste Römische und unser geltendes Recht von einer wirklichen Novation gesprochen, welche die Lit. Cont. enthalten soll, und finden sich Anklänge von der prozeßualischen Consumtion und Vermischungen derselben mit dem Geltenden und in der Natur der Sache Liegenden, so daß es vollkommen begründet ist, wenn Francke sagt: „Wir „sehen in neueren civilistischen wie prozeßualischen Schriften die „prozeßualische Consumtion der Klagen hingestellt und Folgerun„gen daraus abgeleitet, ganz so, als ob dieselbe jetzt geltendes „Recht sey, ein Verfahren, bei dem leicht zu befürchten ist, daß „antiquirtes und geltendes Recht zu mißgestalteten Theorieen „verschmolzen wird." So, um nur wenige Beispiele anzuführen [42],

42) Zu weit gehen in dieser Beziehung unter Anderen auch Kierulff Civilr. I S. 274 f. Puchta Pandectenr. 3 Aufl. § 292, auch Bayer Vorträge über Civilproz. 7. Aufl. S. 336 f. Der Letztere führt a. a. O. in sieben Nummern (Nr. 2–8) einzelne Wirkungen, welche die Lit. Cont. im neuesten Römischen und im heutigen Recht haben soll, an (Wirkungen, welche blos in modificirenden Einflüssen auf das streitige Rechtsverhältniß bestehen, aber eine wahre Novation desselben nicht bilden und nach dem anerkannten Begriffe von Novation im eigentlichen Sinne nicht bilden können) und setzt außerdem unter Nr. 1 als erste Wirkung „Novation der Forderung, über welche Lis contestirt wurde." Allein daß außer jenen besonderen Wirkungen, welche keine wahre Novation begründen, die Lit. Cont. im neuesten Römischen und in unsrem Recht eine

sagt sogar Mühlenbruch (Pandect. § 144) vom heutigen Röm. Recht: „durch die Litis Contestation wird immer noch „eine neue Obligation gleichwie durch einen Contract zwischen „den Partheien begründet . . . . Die Litis Contestation be„gründet also eine Novation, welche zwar das alte Klag„fundament formell zerstört, materiell aber das Klagrecht „in der Regel verbessert." Für diese formelle Zerstörung des Klagfundaments wird von Mühlenbruch lediglich angeführt die Stelle aus Gajus, welche von der proz. Consumtion spricht (Gajus III, § 180, 181), als ob von einer Anwendung dieses Princips im neuesten Röm. Recht und in unsrem heutigen Recht noch irgend die Rede seyn könnte! Sieht man aber weiter, was Mühlenbruch als einzelne Wirkungen dieser angeblichen durch Lit. Cont. herbeigeführten Novation anführt: so sind diese Wirkungen theils solche, die nach dem neuesten Röm. Recht gar nicht an die Lit. Cont., sondern schon an die Mittheilung der Klage (an die Ladung) geknüpft sind, theils solche, welche eine neue Obligation an der Stelle der alten gar nicht begründen, sondern blos in gewissen Modificationen des Rechtsverhältnisses, über welches prozessirt wird, bestehen. Allerdings knüpft auch noch das neueste Röm. Recht an die Lit. Cont. Wirkungen der letzteren Art; durch sie wird aber die alte Obligation nicht umgewandelt, sondern nur in manchen Beziehungen verstärkt, gesichert oder ausgedehnt, z. B. bei gewissen Klagen, die auf die Erben an sich nicht übergehen, dieser Uebergang gesichert und dergl. (XIII. Erört.), so daß von einer wahren Novation gar nicht die Rede seyn kann, sondern blos (und nur in sehr beschränkter Beziehung) von Dem, was unsre Doctrin novatio

---

wahre Novation der Forderung begründen soll, ist oben im Texte widerlegt. Sollte aber Bayer unter der Novation blos die von ihm unter Nr. 2—8 angeff. besonderen Wirkungen verstanden, also blos insoweit eine s. g. cumulative Novation angenommen haben: so ist dann nicht einzusehen, wie neben diesen Wirkungen noch als weitere besondere Wirkung die Novation angeführt wird, und man möchte dann fragen, was denn noch außerdem novirt werde. Wenn dabei Bayer für die Behauptung eines novirenden Einflusses der Lit. Cont. auf Sintenis Erläutt. B. I S. 174 verweist: so ist zu bemerken, daß Sintenis sich gerade gegen einen solchen Einfluß erklärt.

cumulativa nennt, was aber das Röm. Recht niemals novatio nannte, eben weil dabei das alte Rechtsverhältniß im Wesentlichen unverändert bestehen bleibt [43].

In ähnlicher Weise, wie Mühlenbruch, sagt, um noch mit einem weiteren Beispiele und in Beziehung auf eine spezielle Frage das Bemerkte zu belegen, v. Madai in seiner Schrift über die Mora § 67: „die purgatio morae ist überhaupt nur „zulässig bis zu erfolgter Lit. Cont.; es erklärt sich dieß aus der „eigenthümlichen Natur der Litis Contestation. Dieselbe enthält „nämlich jederzeit eine Novation" (auch im neuesten Röm. Recht? auch bei uns? — angeführt ist Mühlenbruch Cession S. 35); „an die Stelle der ursprünglichen Obligation ist eine „andere (?) getreten, durch die der Creditor einen bestimmten Anspruch erhält auf omne id, quod officio judicis debetur. „Das Anbieten des Gegenstandes der ursprünglichen Obligation „kann demnach den verklagten morosus nicht mehr von den nachtheiligen Folgen der mora frei machen; denn er offerirt jetzt „nicht mehr omne id, quod creditori debetur." Was hier

43) In einer entgegengesetzten Beziehung ist es zu weit, wenn Bolley Civilproz.-Ordnung Bd. I S. 510 bemerkt, „daß schon gemeinrechtlich nach „unsren heutigen Prozeßgrundsätzen von einer durch Lit. Cont. begründeten „nothwendigen cumulativen Novation nicht mehr die Rede seyn könne." Von einer cumulativen Novation d. h. einem modificirenden Einflusse auf das Rechtsverhältniß, ohne dasselbe selbst irgend aufzuheben und ein anderes an seine Stelle zu setzen (dieß versteht man ja unter cumulativer Novation, indem man dabei dem Worte Novation einen Sinn gibt, den es freilich im Röm. R. nirgends hat), kann allerdings im neuesten Römischen und in unsrem heutigen Recht die Rede seyn; denn einen solchen Einfluß hat ja die Lit. Cont. Nur von von einer wahren Novation kann nicht mehr die Rede seyn und blos von dieser spricht auch die Stelle des Arch. f. civilist. Prax., auf welche Bolley sich beruft. Daß eine except. rei in judicium deductae auch in unsrem Recht noch gelte, wie dieß auch v. d. Pfordten im Arch. f. civilist. Prax. Bd. XXIII S. 152 behauptet, ist allerdings richtig, wenn man die s. g. Einrede der Litispendenz so nennen will; denn nur in dieser blos prozeßualischen auf das materielle Recht einflußlosen Beziehung kann bei uns noch von einer exc. rei in jud. deductae die Rede seyn. Uebrigens kennen wir diesen Namen erst aus Gajus; in Justinians Quellen wird diese Einrede nicht berührt; denn die *l.* 5 d. except. rei jud. enthält nicht, wie man gewöhnlich annimmt, eine Spur von ihr. S. v. Bethmann-Hollweg in der Tübinger krit. Zeitschr. f. R.W. Bd. V. S. 85.

Madai sagt, ist eine Verwechslung völlig antiquirten Rechts (und zwar eines Rechts, das schon zu Gajus Zeiten von vielen Röm. Juristen verworfen war) mit noch geltendem, und zudem noch in einer so ausgedehnten Anwendung des antiquirten Rechts, wie sie bei den Römern nicht einmal von denjenigen Juristen gemacht wurde, die ein solches Recht vertheidigten. Zwar beruft sich Madai auf *l.* 84 **D. XLV**, 1 **d. V. O.** Allein diese Stelle ist (wenn sie nicht von einer Conventionalstrafe handelt, in welchem Falle sie dann aber auch kein Beleg für das von Madai Behauptete wäre) gerade nichts Anderes, als eine Spur der starren Art und Weise, wie manche ältere Römische Juristen das Princip der Prozeßconsumtion, aber keineswegs bei allen sondern nur bei gewissen Rechtsverhältnissen, behandeln wollten, und zwar einer Weise, die von anderen Röm. Juristen entschieden verworfen wurde (oben S. 25, 26), und zum Ueberflusse wiederholt noch Justinian ausdrücklich diese Verwerfung (Not. 32).

B. Eine vom Inhalte des gefällten richterlichen Urtheils ganz unabhängige Consumtion des zum Gegenstande des Prozesses gewordenen Anspruchs durch Litis Contestation oder Urtheil kennt das neueste Römische Recht nicht mehr und kennt noch viel weniger unser heutiges Recht. Es kann deßhalb von der oben ausgeführten negativen Function der **exceptio rei judicatae** in ihrer lediglich durch die consumirende Wirkung der Litis Contestation bestimmten Beziehung, in welcher sie die Stelle der **exceptio rei in judicium deductae** vertrat, bei uns gar nicht mehr die Rede seyn, und die Spuren, die von einer solchen Function jener Einrede in einzelnen Stellen des Corpus Juris sich noch finden, sind daher bei uns als unpraktisch zu behandeln, wie sie schon im Justinianischen Recht unpraktisch waren. Ebenso wenig kann man in unsrem Recht von einer eigentlichen Novation des zum Prozesse gebrachten Rechtsverhältnisses sprechen, die durch das condemnatorische richterliche Urtheil bewirkt werde.

Sowohl Jenes aber als Dieses scheint nicht gehörig anerkannt zu werden. Seit der Auffindung von Gajus wollen Viele der durch die Lit. Cont. bestimmten negativen Function des richterlichen Urtheils, die dasselbe selbstständig neben seiner positi-

ven hatte, wenigstens in manchen Fällen auch noch im neuesten Römischen und somit in unsrem heutigen Recht Geltung und praktische Bedeutung geben. Man vergleiche nur z. B. v. Vangerow Pandect. § 173 Nr. 1 a und h und Göschen Vorles. § 172 und 165. Und ebenso wird noch ganz gewöhnlich von einer Novation gesprochen, welche das richterliche Urtheil bewirke. Allein bei genauerer Betrachtung der Sache dürfte sich sowohl das Eine wie das Andere als unrichtig ergeben.

Im neuesten Römischen wie in unsrem heutigen Recht kann blos von der oben S. 8 berührten positiven Function des richterlichen Urtheils und blos insoweit von einer negativen, als überhaupt in jedem Positiven, wenn es ausschließlich gesetzt wird, eine Negation alles Anderen liegt, die Rede seyn. Diese positive Function besteht darin: der Inhalt des rechtskräftigen Urtheils gilt pro veritate; Das, was das Urtheil aussagt und feststellt, gilt von jetzt an unter den Parthieen und ihren Rechtsnachfolgern; das zur Entscheidung gebrachte Rechtsverhältniß gilt also gerade in der Art unter ihnen, wie es durch das Urtheil ausgesprochen worden ist. Diese positive Function ist aber natürlich exclusiv d. h. nur dieser Inhalt gilt unter den Parthieen, sofern das Urtheil über das zum Prozesse gebrachte Recht selbst einen Ausspruch enthält; das ursprüngliche Rechtsverhältniß kann gerade so, aber auch nur insoweit, wie es durch das Urtheil festgestellt ist, unter den Parthieen geltend gemacht werden. Deßhalb kann namentlich durch die exc. rei judicatae jede Erneuerung der prozeßualischen Verhandlung über den früheren Anspruch abgewiesen und auf die Existenz der schon gegebenen richterlichen Entscheidung und den positiven Inhalt derselben, der die Sache auf eine unumstößliche Weise feststelle, provocirt werden. Dieß ist die positive Wirkung oder Function des richterlichen Urtheils (mit dem Negativen, das in jedem exclusiven Positiven liegt). Außerdem hatte nach dem älteren Röm. Recht das Urtheil noch eine zweite selbstständige negative Function, welche von seinem positiven Inhalte ganz unabhängig war, indem auf das Urtheil, wie es auch lauten mochte, jedenfalls die consumirende Wirkung, welche die Lit. Cont. auf das Rechtsverhältniß hatte, übergetragen wurde (d. h. wenn es zum Urtheil kam, konnte die exc. rei jud.

auch dazu benützt werden, jene Wirkung der Lit. Cont. geltend zu machen) und daher, wenn es einmal zur Lit. Cont. gekommen war, das alte obligatorische Rechtsverhältniß nicht mehr anderweit geltend gemacht werden konnte. Allein diese besondere Wirkung (soweit sie nicht schon im positiven Inhalt des Urtheils liegt) kann bei uns ein richterliches Urtheil aus dem einfachen Grunde nicht mehr haben, weil sie blos die Folge eines untergegangenen Instituts, der durch Litis Contestation bewirkten prozeßualischen Consumtion, war.

Dieses Resultat bestätigt sich, sowohl wenn man die einzelnen Hauptgattungen der Urtheile, als wenn man die einzelnen praktischen Folgen, welche die alte prozeßualische Consumtion hatte, ins Auge faßt.

Was zunächst das Erstere betrifft: so

1. kennt unser heutiges Recht, wie schon das Justinianische, absolutorische Urtheile mit einer **blos** consumirenden Function (S. 32 Nr. 2) nicht. Wird man auf eine verzögerliche Einrede zur Zeit oder auf eine ungeschickt abgefaßte Klage angebrachtermaaßen abgewiesen: so hat das Urtheil blos die positive Wirkung, die in seinem Inhalt ligt d. h. solange das Hinderniß, wegen dessen man abgewiesen wurde, besteht oder der Fehler nicht berichtigt ist, kann man den Prozeß nicht erneuern; ist aber das Hinderniß weggefallen oder der Fehler berichtigt: so kann ohne Weiteres die alte Klage wieder erhoben werden; sie ist weder durch die Litis Contestation noch durch das Urtheil des früheren Prozesses consumirt worden. Dieß wird auch allgemein zugestanden [44].

---

44) Vgl. auch unten Nr. III. Nur in einem Falle ist das Verhältniß auch jetzt noch dem ähnlich, welches im älteren Röm. R. beim causa cadere (S. 32) eintrat, nämlich wenn der Beklagte blos eine solche Einrede hat, welche nicht gegen das Recht des Klägers an sich, sondern blos gegen die Klagbarkeit dieses Rechts geht. Wird der Kläger blos auf eine solche Einrede hin abgewiesen: so wirkt natürlich das Urtheil blos gegen diese Klagbarkeit, aber nicht gegen das Recht an sich; z. B. wenn Jemand ein einem Haussohne gegebenes Gelddarlehen einklagt und mit der exc. SC. Maced. abgewiesen wird; denn hier wird nicht ausgesprochen, daß der Gläubiger kein Recht an den Haussohn habe, sondern nur, daß er dieses Recht nicht klagend verfolgen könne; die obligatio naturalis bleibt hier unangetastet.

2. Wird der Kläger abgewiesen, weil das von ihm in Anspruch genommene Recht sich als nicht begründet erwies: so handelt es sich auch hier blos vom positiven Inhalt des Urtheils und dessen Folgen. Der Ausspruch, daß der Anspruch des Klägers nicht begründet und der Beklagte nichts schuldig sey, gilt nun pro veritate, und nur soweit in diesem Positiven auch ein Negatives liegt, hat das Urtheil auch eine negative Function. Würde daher der Kläger seinen alten Anspruch wieder vor Gericht erneuern: so kann der Beklagte mit der exc. rei jud. jede weitere den alten Prozeß erneuernde Verhandlung darüber einfach abweisen (J. de except. § 5), weil Etwas, was jenem positiven Inhalt des Urtheils widerspricht, nicht mehr verfolgt werden kann. Neben dieser Wirkung des Urtheils besteht aber nicht noch ein von dem Inhalt des Urtheils ganz unabhängiges selbstständiges negatives Element desselben, wie im älteren Römischen Recht. Dieß wird nun aber gerade für manche Fälle geläugnet. Namentlich behaupten Manche noch jetzt die Geltung eines solchen Elements in dem Falle der *l.* 7 pr. D. XLIV, 2 de exc. rei jud., weil hier allgemein gesagt ist, wer mit der Klage auf das Ganze abgewiesen worden sey, könne stets, wenn er nachher einen Theil davon fordern wolle, mit der exc. rei jud. zurückgewiesen werden. So sagt z. B. v. Vangerow Pandect. I § 173 Nr. 1 S. 205, diese Entscheidung lasse sich allerdings aus der positiven Function der exc. r. j. nicht ableiten, „weil es sich sehr wohl vertrage, daß Jemand nicht Eigen-„thümer des Ganzen, wohl aber eines einzelnen Theils sey, so „daß also die spätere Klage mit dem Resultat des früheren Ur-„theils gar nicht im Widerspruche stehe; wohl aber recht-„fertigen sich jene Entscheidungen aus der negativen „Function der exc. r. j., weil der Kläger, indem er das Ganze „einforderte, sein ganzes Recht in judicium deducirt habe, wo-„durch dann auch eine Consumtion dieses ganzen Rechts herbei-„geführt werden müsse.“ Vergleicht man, was hier Vangerow sagt, mit Dem, was er auf der unmittelbar vorhergehenden Seite bemerkt: so muß man annehmen, daß er hier noch geltendes Recht geben wollte. Allein wenn Jenes noch gelten würde: so müßte man überhaupt die prozeßualische Consumtion noch für

ein praktisches Institut erklären, während Justinian ganz entschieden von dem Gegentheil ausgeht; man müßte sie gerade für Fälle noch als praktisch erklären, in welchen Justinian und schon ein Vorgänger vor ihm ganz speciell sie für unpraktisch erklärten.

Wenn nämlich der Richter ausspricht, daß der Kläger gar kein Recht in Beziehung auf den in Anspruch genommenen Gegenstand habe (also weder aufs Ganze noch auf einen Theil): so kann allerdings der Kläger später auch nicht einmal einen Theil des Eingeklagten fordern; denn hier steht ihm schon der positive Inhalt des Urtheils, welches erklärt, daß er überhaupt gar nichts zu fordern habe, entgegen, und der Beklagte kann mit der exc. r. j. diesen Inhalt geltendmachen [45]. Wer z. B. mit der hereditatis petitio die ganze Erbschaft verlangte und abgewiesen wurde, weil er gar nicht Erbe sey, kann natürlich später nicht wieder wegen eines Theils der Erbschaft gegen den früheren Beklagten auftreten. Völlig anders ist es dagegen, wenn der Richter die Klage blos theilweise unbegründet findet, also den Kläger deßhalb abweist, weil er auf das Ganze geklagt habe, während dieses nicht in seiner ganzen Ausdehnung ihm zustehe; z. B. wenn Jemand mit der Erbschaftsklage die ganze Erbschaft vom Besitzer verlangt, der Richter ihn aber mit dieser Klage abweist, weil er nicht Erbe des Ganzen sey. Hier geht der positive Inhalt des Urtheils blos dahin, daß dem Kläger nicht am ganzen Nachlasse ein Erbrecht zustehe, und diesen Inhalt kann jedenfalls der Beklagte, falls wieder ein Anspruch auf das Ganze gegen ihn erhoben würde, mit der exc. rei jud. geltendmachen. Allein dieser positive Inhalt des Urtheils (und die Negation, die lediglich aus ihm folgt), hindert den Kläger nicht, später mit einer neuen Erbschaftsklage sein theilweises Erbrecht zu verfolgen, eben weil er dadurch mit dem Inhalt des Urtheils durchaus nicht in Conflict kommt. Hier trat aber nun im älteren Röm. Recht die vom Inhalt des Urtheils völlig unabhängige negative Wirkung der Litis Contestation (die in

45) Nur ist hier wohl zu beachten, was Theil des Geforderten ist und was nicht in die Kategorie eines Theils gehört (Not. 16). Vangerow scheint auch Dieses nicht gehörig zu unterscheiden, wie aus seinem Beispiele mit den Balken eines Schiffes zu schließen ist.

der Benennung des Rechtsmittels dann auch auf das erfolgende Urtheil übergetragen wurde) entgegen; denn durch die Lit. Cont. war der ganze in jus deducirte Anspruch consumirt und konnte, wie auch das Urtheil lauten mochte, später nicht mehr verfolgt werden; dieser Anspruch erstreckte sich aber über die Erbschaft überhaupt und so war daher jeder die Erbschaft betreffende Anspruch verloren. Aus diesen Principien floßen die Entscheidungen der von Vangerow angeführten Stellen. Allein wenn man auch ganz davon absehen wollte, daß diese letztere Wirkung mit der alten prozeßualischen Consumtion überhaupt fallen mußte: so scheint übersehen zu werden, daß Justinian noch ausdrücklich jene Wirkung für aufgehoben erklärte. Wer nämlich ein Recht auf einen Theil hat, aber das Ganze einklagt, begeht eine Pluspetition und nach den Grundsätzen des älteren Römischen Rechts mußte diese nicht blos den Verlust des vorliegenden Prozesses, sondern auch den Verlust der Möglichkeit, mit einer berichtigten Klage aufzutreten, nach sich ziehen (S. 13); Justinian aber erklärt (J. de act. § 33, 24), daß schon durch Kaiser Zeno diese Folgen der Pluspetition aufgehoben worden seyen, und bestimmt für den genannten Fall als nachtheilige Folge für den Kläger nur den dreifachen Ersatz des dem Beklagten durch die Pluspetition etwa zugegangenen Schadens. Der Richter hat daher in einem solchen Fall in der Hauptsache dem Kläger den Theil zuzuerkennen, auf den sich wirklich sein Recht erstreckt, und sollte er ihn auch angebrachtermaaßen abweisen: so wird dem Kläger dadurch nicht benommen, mit einer berichtigten und auf den ihm zukommenden Theil beschränkten Klage nachher wieder aufzutreten, eben weil hier von einer prozeßualischen Consumtion des Rechts des Klägers nicht weiter die Rede seyn kann. Wir müssen daher Stellen, wie die *l.* 7 cit. und ähnliche, vom Standpunkte des Justinianischen und heutigen Römischen Rechts aus durchaus in dem Sinne nehmen, daß sie nun nur von solchen Fällen gelten, in welchen der Kläger aus dem Grunde abgewiesen wurde, weil er überall gar kein Recht in Beziehung auf den Gegenstand habe [46].

46) Würde man Das zugeben, was Vangerow behauptet: so müßte man auch bei einer Forderung, welche auf jährliche Leistungen geht, wenn die Forde-

3. Auch das condemnatorische Urtheil wirkt bei uns nicht weiter, als in seinem positiven Inhalte liegt (s. unten Lit. C., besonders Nr. 2 u. 4). Dieß wird auch hier meist zugegeben. Dagegen wird noch viel von einer Novation gesprochen, die ein solches Urtheil enthalten soll. Allerdings setzte zur Zeit des Röm. Formularprozesses das condemnatorische Urtheil an die Stelle der ursprünglichen Obligation in der Regel eine ganz andere, so daß in den Fällen der ipso jure eintretenden prozeßualischen Consumtion hier eine wahre Novation vorhanden war; die ursprüngliche Obligation, aus der geklagt wurde, wird durch die Lit. Cont. consumirt und an ihre Stelle, worauf sie auch gehen mochte, eine bedingte Obligation auf Geld gesetzt und diese durch das condemnatorische Urtheil purificirt. Dieß fiel schon zu Justinians Zeiten beinahe ganz weg; die Lit. Cont. erzeugte keine Consumtion der ursprünglichen Obligation mehr und der Richter hatte, wenn die Klage begründet gefunden wurde, in der Regel auf die Leistung des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes zu erkennen (H. II S. 20), und bei uns gilt das Letztere ganz allgemein (H. II S. 26). Hiernach kann vom Standpunkte des neuesten Röm. Rechts und vollends vom Standpunkte unsres heutigen Rechts nicht mehr von einer eigentlichen Novation durch richterliches Urtheil [46 a] gesprochen werden. Zwar sagt selbst noch Savigny System V S. 325 vom neuesten Römischen und vom heutigen Recht: „das rechtskräftige Urtheil enthält der Sache „nach eine wahre Novation, da es sogar den ursprünglichen „Anspruch ganz umbilden kann; es führt auch geradezu den „Namen novatio;" angeführt wird dafür cst. 3 pr. C. VII, 54 de usur. rei jud. Würde es der Sache nach eine wahre Novation enthalten: so wären damit manche Bestimmungen des

---

rung überhaupt bestritten und deßhalb eingeklagt wird, behaupten, daß der Kläger, wenn auf Zahlung der fälligen Leistungen gesprochen wird, das Recht auf die später fällig werdenden verlohren habe, „weil ja das ganze Recht in jud. „deducirt sey und somit eine Consumtion des ganzen Rechts herbeigeführt werden müsse," was doch wohl Niemand für unser praktisches Recht mehr annehmen wird.

46 a) Auch im älteren Röm. Recht wurde die Novation nicht erst durch das Urtheil sondern durch die Litis Contestation begründet. S. 6 f. 9.

neuesten Röm. Rechts, namentlich die cst. 28 de fidejussorib., ganz unvereinbar. Allerdings kann durch das Urtheil der ursprüngliche **Anspruch** des Klägers umgebildet werden, soweit er sich nämlich theilweise unbegründet zeigt; allein davon handelt es sich bei der Frage von einer Novation nicht, sondern blos davon, inwieweit das ursprüngliche Recht des Klägers aufgehoben und ein anderes an seine Stelle gesetzt wird. Auf dieses Recht wird bei uns stets erkannt, soweit es von dem Richter als begründet erfunden wird; soweit er es aber, sey es mit Recht oder mit Unrecht, nicht als begründet erfindet und daher auf ein Weniger als angesprochen wurde erkennt, kann man dieß doch vom Standpunkte des Gesetzes aus nicht eine Umwandlung des ursprünglichen Rechts nennen; denn es ist nun, da das rechtskräftige Urtheil formelle Wahrheit bildet, eben anzunehmen, daß das Recht ursprünglich in einer anderen Weise gar nicht bestanden habe; das Urtheil ist dann nur eine Zurückführung des Anspruchs auf den eigentlichen Bestand des Rechtsverhältnisses, ein Ausspruch des wahren Inhalts des Letzteren, entkleidet von den unrichtigen und unbegründeten Zuthaten, welche der Kläger in seiner Klage seinem Anspruche beigefügt hatte. Was aber die von Savigny angeführte cst. 3 betrifft: so dürfte diese gerade beweisen, daß Justinian nicht mehr vom Gesichtspunkte einer eigentlichen Novation ausging. Wenn nämlich Jemand Kapital und Zinsen einklagte und der verurtheilte Beklagte nicht zur rechten Zeit das im Urtheil ihm Auferlegte zahlte und nun die Frage von den usurae rei judicatae entstand: so mußte im älteren Röm. Recht der Verurtheilte hier der Sache nach Zinsen auch aus den Zinsen bezahlen; denn der Juder mußte in seinem Urtheil auf eine bestimmte Geldsumme, auf den ganzen Betrag von Kapital und Zins in einer Summe erkennen und diese ganze Summe, auf welche nun die neue durch Lit. Cont. und Urtheil begründete Obligation ging, mußte nun vom Beklagten, wenn er die gesetzliche Zahlungsfrist versäumte, verzinst werden. Für die Zeiten des späteren Röm. Rechts war aber ein solches Verfahren unzuläßig und deßhalb sagt Justinian, sichtlich in Rücksicht auf das ältere Recht, wenn auch novatur

judicati actione prior contractus: so müsse man doch das ursprünglich geschuldete Kapital und die Zinsen genau trennen und blos von Jenem, nicht aber von Diesen, seyen usurae rei judic. zu zahlen. Ueberhaupt aber konnte gerade für Fälle solcher Art Justinian von einer eigentlichen Novation nicht ausgehen, da nach seinen Bestimmungen da, wo es sich von Sachleistungen handelt, nicht auf ihren Geldwerth, sondern auf die Sachleistung selbst zu erkennen ist.

Allerdings ist die judicati actio, welche aus dem condemnatorischen Urtheil entspringt, etwas Neues, und nur insofern, als sie dieses ist, kann man uneigentlich von einer Novation des alten Rechtsverhältnisses in Folge des Urtheils sprechen. Zwar ist es das alte ursprüngliche Rechtsverhältniß, welches ungeändert bestehen bleibt, soweit es im Urtheil begründet erfunden wurde. Allein mit der alten Klage kann der Kläger den Anspruch, über welchen erkannt wurde, nicht erneuern (sie könnte durch eine exceptio rei judic. abgewiesen werden). Dieß aber nicht deßhalb, weil sein altes Rechtsverhältniß consumirt wäre, sondern weil er dadurch wieder zweifelhaft machen und einer neuen Untersuchung unterwerfen würde, was durch das Urtheil als ganz unzweifelhaft und formell wahr festgestellt ist, weil er also den positiven Inhalt des Urtheils angreifen würde. Durch das Urtheil aber bekommt er eine neue formelle vom Staate festgestellte und geschützte Anerkennung seines Rechts, welche nun die alleinige Norm für sein Rechtsverhältniß bildet, und um dieses geltend zu machen, wird ihm eine besondere Klage, eine persönliche judicati actio gegeben — allerdings ein neues Rechtsmittel, aber lediglich um gegen den Beklagten die alte Obligation, nur ohne neue prozeßualische Verhandlung derselben, zu verfolgen, soweit sie wirklich für begründet erkannt war. Während daher die judicati actio im älteren Röm. Recht das Rechtsmittel aus der neuen, durch Lit. Cont. und Urtheil begründeten, stets auf Geld gehenden Obligation war, ist sie in unsrem Recht nur das neue Rechtsmittel, das dem Kläger in Folge des richterlichen Urtheils gegeben wird, um seinen ursprünglichen Anspruch, soweit er als begründet erfunden wurde, mit dem

Ansehen, welches einem rechtskräftigen Urtheil zukommt, gegen den früheren Beklagten geltend zu machen [47].

47) Eben deßhalb, weil die judicati actio ein neues Rechtsmittel ist, muß sie auch einer besonderen Verjährung unterliegen und zwar nach den allgemeinen Grundsätzen des späteren Röm. Rechts einer dreißigjährigen. Bleibt daher nach dem Urtheil die Sache liegen: so tritt nicht, wie Manche glauben, die in der Not. 40 angeführte vierzigjährige s. g. Verjährung der Litispendenz (in Folge der Perpetuation der zum Prozeß gebrachten Klage) ein. Dieß liegt auch schon in der cst. ult. C. VII, 54 de usur. r. j. und in der cst. 9 VII, 39 de praescript. 30 ann. Namentlich geht in der Letzteren Justinian davon aus, daß diese vierzigjährige Verjährung nur eintrete, wenn die Partheien taciturnitate in medio tempore adhibita lites non ad certum finem producebant. Dieß kann man aber in der That nicht von einem Falle sagen, in welchem es wirklich zum rechtskräftigen Urtheil also zur endlichen Entscheidung gekommen war. Einen Mittelweg vertheidigen in dieser Beziehung Linde in der Gießner Zeitschr. Bd. II S. 180, 181 und Heffter Civilproz. 2 Ausg. § 517 Not. 62. Bekanntlich kann nämlich nach rechtskräftigem Urtheil der obsiegende Kläger durch eine einfache imploratio officii judicis Execution verlangen; wenn aber der Verurtheilte Einwendungen gegen die Execution macht, z. B. indem er behauptet, die Schuld bereits nach Fällung des Urtheils bezahlt zu haben oder auf andere Weise von ihr inzwischen befreit worden zu seyn: so entsteht wieder ein förmlicher Prozeß, in welchem mit der judicati actio der Kläger das Judicat durchzufechten hat. Nach Linde und Heffter nun soll jene imploratio off. jud. vierzig Jahre lang zuläßig seyn, d. h. auf sie die Klagenperpetuation angewendet werden, dagegen die judicati actio schon in dreißig Jahren verjähren. Allein dagegen dürfte, abgesehen von dem schon Angeführten (vgl. nun auch Asverus die Denunciation &c. S. 283), namentlich Folgendes streiten: Die imploratio off. jud. ist eigentlich ganz dasselbe Rechtsmittel, wie die judicati actio: sie vertritt die Letztere, wenn die Execution keinen Anstand hat; die judicati formula wurde nur gegeben, wenn vom Beklagten die Existenz oder Gültigkeit des Judicats geläugnet oder ein sonstiger Einwand gegen seine Zahlungspflicht vorgebracht wurde und deßhalb die Einleitung eines neuen Prozesses nöthig war (vgl. Hollweg Proz. S. 323). Hiernach kann unmöglich in Beziehung auf Verjährung in diesen Fällen Verschiedenes gelten. Auch würde ein ganz eignes Resultat sich aus jener Ansicht ergeben. Wenn z. B. der Kläger nach erlangtem Urtheil die Sache liegen läßt und erst 35 Jahre nachher mit einer impl. off. jud. auf Execution auftritt: so würde nach jener Ansicht das Recht des Klägers nicht verjährt seyn, wenn der Beklagte keine Weiterungen gegen das Recht zur Execution an sich macht; allein wenn er Weiterungen macht, Einwendungen vorbringt und nun die Sache in einen Prozeß eingeleitet werden müßte: so wäre nun das Recht des Klägers verjährt, weil er jetzt mit der actio judicati sein Recht durchzusetzen suchen müßte! Zwar behandelt Heffter a. a. O. § 272 die Imploration und die actio judicati als

Das unter A und B (S. 38, 41 f.) Ausgeführte bestätigt sich noch besonders, wenn man die einzelnen praktischen Folgen, welche das Erlöschen des Instituts der prozeßualischen Consumtion hat, und die speziellen Bestimmungen ins Auge faßt, welche hierüber das Justinianische Recht enthält.

C. Was nämlich die oben ausgeführten einzelnen praktischen Folgen aus dem Princip der Prozeßconsumtion betrifft: so gilt hierüber im neuesten Römischen Recht und bei uns Folgendes:

1. Wenn der Kläger in Folge einer dilatorischen Einrede nach der Lit. Cont. abgewiesen wird: so kann er, wenn später der Grund der Einrede weggefallen ist, die alte Klage wieder ganz gültig anstellen und durchführen, z. B. wenn er deßhalb, weil der festgesetzte Zahlungstag noch nicht eingetreten war, abgewiesen wurde, nach Ablauf des Tages wieder klagen. Dieß bestimmte schon Kaiser Zeno und Justinian bestätigte es ausdrücklich (J. de except. § 10, de act. § 33 a. E.), und zwar eben deßhalb, weil sie die prozeßualischen Consumtionen verwarfen; denn mit dem alten Princip dieser Consumtion war dieß unvereinbar (S. 11). Es haben daher im neuesten Röm. Recht und bei uns die verzögerlichen Einreden die beschränkte Beziehung, die sie im älteren Röm. Recht hatten, wesentlich geändert und ausgedehnt; sie sind nun Einreden, durch welche, wenn es auch zur Litis Contestation gekommen und der Prozeß bis zu einem Urtheil verhandelt worden ist, der Kläger doch blos temporär abgewiesen wird, so daß er, wenn später der Grund der Einrede wegfällt, wieder von Neuem klagen kann.

---

zwei dem Kläger lediglich electiv zukommende ganz verschiedene Rechtsmittel. Allein davon gehen die Quellen nicht aus und es wäre auch hier wieder eigen, wenn zwei Rechtsmittel, welche lediglich dasselbe Fundament haben und lediglich dazu dienen, Execution des richterlichen Urtheils zu bewirken, in Beziehung auf Verjährung verschieden behandelt würden. Ueberhaupt aber konnte schon zu Justinians Zeiten von einer eigentlichen auch nur formellen Unterscheidung jener beiden Wege mit verschiedenen Wirkungen derselben nicht die Rede seyn, da es zu seiner Zeit weder Klagenformeln, noch Verfahren vor dem Judex mehr gab und eben die impl. off. jud. von selbst in den eigentlichen Judicatsprozeß überging, sobald der Beklagte gegen das Judicat Einwendungen erhob, und in unsrem heutigen Prozesse muß dieß noch mehr der Fall seyn.

2. Aus der eben angeführten Bestimmung folgt von selbst, daß, wenn der Kläger seine Klage, über die es zur Lit. Cont. kam, zur Zeit fallen läßt, um sie später, sey es ihrem ganzen Gegenstande oder einem Theile desselben nach, wieder anzustellen oder aus demselben Rechtsverhältnisse eine andere Klage zu versuchen, er hieran durch eine prozeßualische Consumtion nicht gehindert wird; denn der Grund, aus welchem dieß nach dem älteren Röm. Recht unzulässig war, die prozeßualische Consumtion, ist weggefallen, und er muß in einem solchen Fall seine Klage erneuern können so gut oder eigentlich noch weit mehr, als er es nach den angeführten Quellenstellen in dem Fall kann, wenn er wegen dilatorischer Einreden zur Zeit abgewiesen wurde[48].

---

48) Etwas Anderes ist es natürlich, wenn und soweit im Fallenlassen der Klage ein Verzicht auf das Recht selbst oder auf die Klage liegt. In dieser Beziehung muß man aber wohl unterscheiden: a. Der Kläger kann eine Klage zur Zeit vorerst fallen lassen (nur muß er dem Beklagten die Prozeßkosten ersetzen), um sein Recht später, sey es durch dieselbe oder eine andere Klage oder auch excipiendo in einem anderen Rechtsstreite (s. z. B. den Fall, welchen v. Lindeloff in der Gießn. Zeitschr. V S. 413 anführt) geltend zu machen. In einem solchen Fall kann übrigens der Beklagte wenn er will verlangen, daß die Sache zu einem Ende komme, also daß der Kläger entweder auf diese Klage ganz verzichte oder daß über die Sache fortgehandelt werde, außer der Kläger wollte statt der vorerst fallen gelassenen Klage sofort eine andere anstellen, welche für jene präparatorisch oder präjudiciell ist, z. B. wenn der Kläger communi dividundo klagt, das Eigenthum ihm bestritten wird und er nun vorerst jene Klage fallen läßt, um die rei vindicatio partiaria anzustellen (vrgl. auch v. Lindeloff in der Gießn. Zeitschr. V S. 414 f.). Zwar ist es bestritten, ob der Beklagte, wenn der Kläger seine Klage zur Zeit fallen lassen will, Fortverhandlung und Entscheidung der Sache oder Verzicht auf die Klage verlangen kann (s. z. B. die verschiedenen Ansichten bei Sintenis Civilr. Bd. I S. 331). Allein schon die Bestimmungen über Ungehorsam des Klägers (Kammer G.O. v. 1555 III, 42 § 2, 3. J.R.A. v. 1654 § 44. Württ. Landr. I, 12 § 9. IV Org. Edict v. 1818 § 127, 129) dürften für die Bejahung der Frage seyn (v. Lindeloff a. a. O.); denn sonst würde es dem Kläger freistehen, gegen den Willen des Beklagten ungehorsam zu seyn, wenn er nur erklären würde, er wolle vorerst eben die Sache nicht weiter verfolgen (s. auch Bolley Civ.Proz.O. I S. 403 Nr. 11). — Im Zweifel ist, wenn der Kläger seine Klage fallen lassen zu wollen erklärt, anzunehmen, daß er sie nur zur Zeit fallen lassen wolle. b. Wenn der Kläger seine Klage überhaupt, also nicht blos zur Zeit, fallen lassen zu wollen erklärt, sie unbedingt aufgibt, auf sie verzichtet: so liegt hierin nicht

**3. Die S. 13 f. ausgeführten Folgen der Pluspetition waren schon im Justinianischen Recht weggefallen, gelten daher auch bei uns**

---

blos, wie im vorigen Falle, ein Verzicht auf den begonnenen vorliegenden Rechtsstreit, sondern auf einen Rechtsstreit über die Klage überhaupt, auf das Recht selbst, soweit es aus dem Grunde, auf den diese Klage sich stützte, geltend gemacht werden sollte, d. h. der Kläger erklärt dadurch den Gegenstand, welchen er in Anspruch nahm, aus dem Grunde, aus welchem er ihn in Anspruch nahm, nicht weiter verfolgen zu wollen, und die Sache ist nun so zu behandeln, als ob der Beklagte in Beziehung auf diesen Grund freigesprochen worden wäre, und Derselbe kann auch verlangen, nun ausdrücklich absolvirt zu werden. Ob der Kläger den Endzweck, welchen er gegen den Beklagten durch die verzichtete Klage verfolgen wollte, nun später noch in anderer Weise verfolgen kann, dabei kommt es dann ganz auf die Grundsätze über res judicata an. Stelle ich z. B. gegen Den, der meine Sache besitzt, die Commodatsklage auf Herausgabe derselben an, finde aber im Laufe des Prozesses, daß ich das Commodat nicht werde beweisen können, und verzichte deßhalb auf jene Klage: so kann ich doch nachher gegen ihn die rei vindicatio wegen der Sache anstellen. Verzichte ich gegen den Hausvater auf die actio de in rem verso: so kann ich doch nachher gegen ihn de peculio klagen. Klage ich gegen den A aus einem Darlehen aus dem Grunde, weil ich es in seinem Auftrage seinem Vermögensverwalter B gegeben habe, und verzichte im Laufe des Prozesses auf diese Klage: so kann ich gegen ihn die Forderung doch immer noch aus einem anderen Fundamente einklagen, z. B. weil das Darlehen, das ich dem Vermögensverwalter B gab, in den Nutzen des A verwendet worden sey; denn würde ich auch im ersten Falle durch Urtheil abgewiesen worden seyn, weil ich den Auftrag nicht beweisen konnte: so würde der zweiten Klage die exceptio rei judic. nicht entgegenstehen. Nur wenn ich bei der Klage aus dem Auftrag deßhalb abgewiesen worden wäre, weil ich überall ein dem B gegebenes Darlehen nicht erweisen konnte: so könnte ich die zweite Klage nicht mehr anstellen. Allein da der Verzicht im Zweifel streng auf die Klage zu beschränken ist, wie sie begründet wurde: so kann man aus der letzteren Möglichkeit nicht auf die Ausdehnung des Verzichts argumentiren. Hiernach ist wohl näher zu bestimmen, was Bolley Civilproz.O. I S. 430, 431 sagt, was aber im Wesentlichen von dem von mir Behaupteten nicht verschieden zu seyn scheint, sofern nur beachtet wird, daß das blose „Fallenlassen" einer Klage im Zweifel auf ein bloses zeitiges Fallenlassen zu beziehen, also im Sinne von Lit. a zu nehmen ist (was Bolley a. a. O. S. 402 f. sagt, bezieht sich nicht auf ein solches Fallenlassen, sondern auf den Fall von b., was wohl genauer hätte unterschieden werden sollen). c. Erklärt der Kläger, auf sein Recht selbst zu verzichten: so kann dieß in verschiedenem Sinne genommen werden. Ist der Verzicht auf das Recht überhaupt gerichtet, das man etwa gegen den Beklagten habe, so kann man allerdings dieses Recht gegen ihn auch nicht mehr aus einem anderen Fundamente geltend ma-

nicht mehr; denn sie bestimmten sich lediglich durch die Klagformeln und die prozeßualische Consumtion, also durch zwei Institute, welche schon im Justinianischen Recht untergegangen waren. Auch sagt dieß übrigens Justinian noch ausdrücklich (J. de act. § 33, 24). Namentlich folgt hieraus: Wenn Jemand, dem nur ein Recht auf einen Theil zusteht, das Ganze einklagt: so ist ihm dieß jetzt für sein Recht, soweit ihm wirklich ein Solches zusteht, unnachtheilig. Denn entweder spricht ihm der Richter, was das Angemessenste ist, den ihm gebührenden Theil wirklich zu und weist ihn nur wegen des mehr Geforderten ab, wodurch er dann vollständig bekommt, was sein Recht mit sich bringt; oder weist ihn der Richter angebrachtermaaßen ab, weil er zu viel forderte und ihm der Gegenstand in der Ausdehnung, in der er gefordert wurde, nicht gebühre; in diesem Fall kann er dann eben so gut, wie in den unter Nr. 1 angeff. Fällen, immer noch auf den Theil klagen, der ihm wirklich gebührt, eben weil von einer prozeßualischen Consumtion hier nicht mehr die Rede ist (S. 44 f.) und der positive Inhalt des Urtheils, der allein gilt und wirkt, der Klage auf einen Theil nicht entgegensteht (da im Negiren des Rechts in der angesprochenen Ausdehnung noch nicht

chen; z. B. wenn ich Jemanden mit der Commodatsklage belange und im Laufe des Prozesses erkläre, daß ich wegen dieser Sache gar keine Ansprüche mehr an ihn machen wolle: so kann ich die Sache später auch nicht aus einem anderen Fundamente (sofern es nicht erst nach meinem Verzicht eintrat) von ihm verlangen. Im Zweifel aber, da Verzichte streng auszulegen sind, wird man einen so allgemeinen Verzicht nicht annehmen können, sondern, wenn der Kläger sich des Ausdrucks bedient, er verzichte auf sein Recht oder seinen Anspruch, dieß im Sinne von Lit. b nehmen müssen. Habe ich daher z. B. Jemanden mit der actio emti wegen laesio enormis auf Aufhebung des Vertrags belangt, verzichte aber während des Prozesses gegen ihn „auf das in Anspruch genommene Recht:" so kann ich im Zweifel ihn wohl noch später mit einer actio emti redhibitoria wegen physischer Fehler der Sache auf Aufhebung des Vertrags belangen; verzichte ich aber überhaupt auf das Recht, den Kauf anzugreifen; so kann ich natürlich auch nicht mehr mit der redhibitoria actio klagen. Das, was in dieser Beziehung Bolley a. a. O. § 696 sagt, ist daher wohl etwas zu allgemein und unbedingt gefaßt. — Was Justinian in J. de act. § 35 über die noch nach der Lit. Cont. zuläßige mutatio libelli sagt, gilt in dieser Ausdehnung in unsrem Prozesse nicht. Vrgl. auch Würft. Landr. I, 19 § 4 IV Org.Edict v. 1818 § 86 a. E.

ein Negiren des Rechts in einer geringeren Ausdehnung liegt). Natürlich aber, wenn der Richter den Kläger deßhalb abwies, weil er gar kein Recht an den Gegenstand habe, kann er seinen Anspruch auch nicht theilweise mehr erneuern, weil hier jede Klage auf einen Theil im Widerspruche mit dem positiven Inhalte des Urtheils stehen würde (S. 45).

4. Wenn der Kläger sein Recht ohne Beschränkung einklagte, dasselbe aber theilweise zur Zeit nicht verfolgbar war, wie z. B. bei terminweisen Leistungen, und daher blos auf den verfolgbaren Theil erkannt wird: so hat er das Recht auf das Weitere nicht verlohren, sondern kann dieses später zur gehörigen Zeit geltend machen, eben weil durch die Lit. Cont. das Recht im Ganzen nicht consumirt ist. Die S. 15 angeführten praescriptiones sind daher im neuesten Röm. Recht ganz unnöthig geworden und deßhalb erwähnt auch Justinian in seinen Rechtsbüchern ihrer mit keinem Worte. Aus dem Gesagten ergibt sich auch eine Aenderung des in der Not. 30 a angef. älteren Rechts in Beziehung auf Zinsen. Zinsen aus einem Vertrage, überhaupt aus einem selbstständigen Entstehungsgrunde [49], können nun durchaus gefordert werden, mag auch das Kapital ohne weitere Beschränkung früher eingeklagt oder mag früher schon aus dem Vertrage auf Zinsen geklagt worden seyn (z. B. der Schuldner, welcher das Kapital noch schuldet, ist mit Zinsen im Rückstande, die Zinsverbindlichkeit wird eingeklagt, im Urtheil anerkannt, der Beklagte in die fälligen Zinsen verurtheilt: so kann, ohne daß irgend eine prozeßualische Consumtion entgegenstände, später wieder auf Zinsen, die von Neuem fällig werden, aus demselben Vertrage geklagt werden). Ebenso kann, wenn zuerst auf die Zinsen geklagt wurde, stets nachher noch das Kapital eingeklagt werden (außer natürlich dann nicht, wenn der Kläger mit der Zinsforderung aus dem Grunde rechtskräftig abgewiesen wurde, weil er gar kein Kapital zu fordern gehabt habe; denn dann würde hier eine Klage auf das Kapital dem positiven Inhalte des rechtskräftigen

---

49) Beruhen sie nicht auf einem vom Kapital getrennten selbstständigen Entstehungsgrunde: so gilt auch jetzt noch der in meinem Handbuche II § 51 ausgeführte Grundsatz.

Urtheils entgegenstehen). Aus dem gleichen Grunde kann nun auch im neuesten Röm. Recht und bei uns eine Generalklage z. B. die tutelae, pro socio actio u. s. w. wegen verschiedener Punkte ohne Weiteres mehrmals nach einander angestellt werden. Nur ist die Art und Weise, wie dieß in manchen Systemen gerade bei der tut. actio bemerkt wird [50], nicht wohl zu billigen. Einestheils ist es nichts Besonderes bei der tutelae actio mehr (diese Klage war nur im früheren Röm. Recht, solange die prozeßualische Consumtion galt, gegenüber von Dieser in manchen Hinsichten begünstigt; Not. 39 lit. b), sondern es gilt überhaupt nun bei jeder Generalklage; anderntheils ist es ungeeignet, für jenen Satz sich auf die Stellen der Not. 39 lit. b zu beziehen, indem, um eine Generalklage im neuesten Röm. Recht und bei uns wegen neuer Punkte, über welche früher noch nicht erkannt war, anstellen zu können, nicht mehr eine doli replicatio oder Restitutionen und Cautionen, von denen jene Stellen sprechen, nöthig sind, eben weil die prozeßualische Consumtion weggefallen ist und daher die exceptio rei judic. der Wiederanstellung der Klage wegen neuer Punkte schon an sich nicht entgegensteht.

5. Ebenso ändern sich im neuesten Röm. Recht und bei uns völlig die S. 17 f. über Correalobligationen [51] ausgeführten Grundsätze mit dem Wegfallen des Instituts der prozeßualischen Consumtion. Wenn daher

a. der Gläubiger einen Correalschuldner auf die ganze Schuld

---

50) Z. B. Thibaut Pandect. § 430.

51) Von der solidarischen Obligation, soweit sie nicht Correalobligation ist (welche vor Keller's Schrift über Lit. Cont. und Ribbentrop's Schrift über Correalobligationen gewöhnlich mit der Correalobligation vermischt und verwechselt wurde, und es von Manchen auch noch jetzt wird), ist hier nicht die Rede. Bei jener Obligation wurde durch die Klage gegen den einen solidarisch Verpflichteten die Klage gegen den anderen auch im älteren Röm. Rechte nicht consumirt (vrgl. z. B. D. XLVI, 1 de fidej. *l.* 52 § 3 XVI, 3 depos. *l.* 1 § 13); denn hier handelt es sich nicht von einer und derselben Obligation, welche sich direct oder indirect auf verschiedene Personen bezieht, sondern Jeder der solidarisch Verpflichteten steht in einer besonderen Obligation, nur daß sie bei Allen dadurch getilgt wird, daß der Eine das Ganze leistet.

belangt und es mit ihm zur Lit. Cont. kommt: so bleiben dennoch die übrigen Correalschuldner noch verhaftet. Er kann daher seine Klage, wenn er sie gegen den Belangten fallen läßt, gegen die anderen Correalschuldner richten; er kann selbst wenn der Belangte zur Zahlung rechtskräftig verurtheilt ist, so lange er von ihm nicht befriedigt wird, noch die Anderen belangen (was somit bei einer Insolvenz des Verurtheilten für ihn sehr wichtig ist); durch Prozeß und Urtheil mit dem einen werden die anderen Correalschuldner nicht mehr frei [52], sondern blos, wie Justinian ausdrücklich entschied, dadurch, daß der Gläubiger von dem Einen befriedigt wird [53]. Hiernach bestimmt sich auch nach dem neuesten Röm. Recht das Verhältniß bei den Bürgen. Durch Belangung des einen Bürgen werden die übrigen Mitbürgen nicht mehr befreit, wenn es auch mit Jenem zur Lit. Cont. und zum Urtheil kam. Wird daher ein Bürge vom Gläubiger aufs Ganze belangt und derselbe auf das vorgeschützte beneficium divisionis blos zu seinem Kopftheil verurtheilt: so kann der Gläubiger gegen die anderen Bürgen ohne Anstand noch klagen [54]. Ebenso wird durch den Prozeß mit dem Hauptschuld-

52) Eine Ausnahme wird gewöhnlich für den Fall eines freisprechenden Urtheils angenommen, wenn durch dasselbe die Nichtexistenz der ganzen Obligation an sich ausgesprochen werde. Hier soll der positive Inhalt des Urtheils auch den andern correis zu statten kommen. Eine nähere Untersuchung dieser Frage gehört nicht hierher, da sie sich nicht auf die proz. Consumtion bezieht.

53) C. VIII, 41 de fidej. cst. 28 J. III. 16 de duobus reis § 1.

54) Cst. 28 cit. Nicht blos auf ihre Kopftheile, wie häufig behauptet wird, sondern auf Alles, was er noch nicht erhalten hat, soweit nicht die übrigen Mitbürgen solvent sind. Wendet sich nämlich der Gläubiger an einen der anderen Bürgen und dieser schützt auch das benef. div. vor: so ist Dieser, soweit jetzt zur Zeit der Lit. Cont. seine Mitbürgen solvent sind, vorerst nur auf einen Kopftheil zu verurtheilen. War aber vorher der zuerst zu seinem Kopftheil verurtheilte Mitbürge insolvent geworden: so ist Dieser bei Bestimmung der Kopftheile nicht mehr zu berechnen, so daß, wenn Dieser der einzige Mitbürge war, der zweite Verklagte nun das Ganze zahlen muß, weil durch die Belangung und Verurtheilung des Ersten die Obligation im Justinianischen Recht nicht mehr (auch nicht zu dem Theil, in dem er verurtheilt wurde) consumirt wird. Dieß ist bestimmt ausgesprochen in der cst. 28 cit. (vrgl. auch Bolley Civilproz O. I S. 162 f.). Umgekehrt aber kann nun auch der Gläubiger, wenn er den Einen auf seinen Kopftheil belangt hat, aber von den Uebrigen nichts

ner der Bürge nicht mehr befreit und umgekehrt (cst. 28 Not. 54 cit). Nur ist hier zu beachten, daß in der Regel alle Einreden, die der Hauptschuldner hat, auch dem Bürgen zu gut kommen (**D. XLIV**, 1 de except. *l.* 7 § 1 *l.* 19), also auch die exceptio rei judicatae (in ihrer positiven Function), und daß deßhalb, wenn der Hauptschuldner durch rechtskräftiges Urtheil freigesprochen ist, dadurch der Bürge auch eine Einrede gegen den Gläubiger bekommt [55].

b. Das Gleiche, was von den Correalschuldnern gesagt ist, muß in Beziehung auf die Frage über Eintritt einer proz. Consumtion, also über die Wirkung der Lit. Cont., auch bei den Correalgläubigern gelten. Dadurch, daß der eine Correalgläubiger den gemeinschaftlichen Schuldner belangt, verliehren die übrigen noch nicht ihr Klagrecht. Zwar spricht von diesem Falle, von dem activen Correalverhältnisse, Justinian in der cst. 28 cit. nicht ausdrücklich und deßhalb wollen auch jetzt noch Manche für unser heutiges Recht Das annehmen, was hierüber im älteren Röm. Recht galt. So sagt z. B. Göschen Vorlesungen Bd. **I** § 172 a. E., wenn einer der Correalgläubiger klage; so werde durch den Prozeß nicht blos seine Klage consumirt sondern auch die Klage seines Mitgläubigers, und dieß müsse als noch jetzt bestehend angesehen werden; ebenso will v. Vangerow Pandect. Bd. **III** S. 94 hier den Grundsatz der Consumtion auch jetzt noch anwenden, indem er für das heutige Recht behauptet, „daß der Schuldner, wenn der eine Gläubiger den Prozeß gegen ihn begonnen habe, sich nicht mehr durch Zahlung an den anderen Gläubiger liberiren könne". Allein unmöglich kann man hier noch einem Institute, welches schon im Justinianischen Recht nicht mehr galt und das vollends in unsrem Recht in der That

---

erhalten kann, gegen den Ersteren den Rest noch einklagen. Denn daraus, daß er den Ersteren vorerst blos pro rata belangt, kann nicht, wie Manche glauben (die Stellen, welche z. B. Thibaut Pandect. § 138 Not. x anführt, beweisen in der That nichts), gefolgert werden, daß er auf weitere Ansprüche an Denselben verzichte.

55) Außer der Hauptschuldner wäre aus einem Grunde freigesprochen worden, gegen dessen Wirkung gerade die Bürgschaft ausdrücklich gerichtet war, z. B. **D. XIV**, 6 ad S.C. Maced. *l.* 9 § 3 **J. IV**, 14 de replic. § 4 a. E.

auch gar keinen Anknüpfungspunkt mehr hat, praktische Gültigkeit geben, und zwar noch dazu blos in einem so isolirten einzelnen Punkte. Vielmehr ist es gewiß sehr richtig, wenn Savigny System Bd. V S. 255 sagt, daß Justinian zwar in der cst. 28 cit. nur einzelne Fälle identischer Obligationen ausdrücklich erwähne, es aber kein Zweifel sey, daß auch bei den übrigen Fällen ebenso die alte Strenge verschwinden sollte, und daß „wer etwa Dieses aus buchstäblicher Aengstlichkeit bezweifeln wollte, „weil es nicht ausdrücklich gesagt ist, doch durch den Umstand „völlig beruhigt werden müßte, daß das Princip der Prozeß„consumtion selbst, worauf sich die Aufhebung bezog, aus dem „Justinianischen Recht durch bloses Stillschweigen vertilgt worden „ist, so daß wir sein früheres Daseyn und seine wichtige Be„deutung nur erst durch Gajus erfahren haben." — Nur wird man hier in der Gleichstellung des Falles der activen Correalobligation mit dem Falle der passiven nicht so weit gehen können, als Savigny zu gehen scheint d. h. nicht annehmen können, daß die Klage des einen Correalgläubigers erst durch die Befriedigung des anderen Correalgläubigers ausgeschlossen werde. Man wird vielmehr hier so argumentiren müssen: die prozeßualische Consumtion und ihre Folgen fallen, wie überhaupt, so auch bei Correalgläubigern weg. Dadurch daher, daß der eine Correalgläubiger klagt und es bis zur Lit. Cont. bringt, verliert der andere seine Klage noch nicht. Es gilt daher nun bei ihnen Das, was sonst bei concurrirenden Forderungsrechten gilt, welche der Art sind, daß der Verpflichtete nur Einem der Gläubiger zu leisten braucht, bei denen aber keine prozeßualische Consumtion eintrat (weil sie nicht auf einer und derselben Obligation beruhen), d. h. derjenige Gläubiger, welcher zuerst ein rechtskräftiges den Schuldner verurtheilendes Erkenntniß auswirkte, geht den anderen vor und schließt dadurch deren Klagen aus; es tritt nun auch bei der activen Correalobligation, eben weil bei ihr die Consumtion durch Lit. Cont. wegfallen muß, der allgemeine Grundsatz ein, welcher in **D. IX**, 4 de nox. act. *l.* 14 pr. **XV**, 1 de pecul. *l.* 10 **XV**, 3 de in rem vers. *l.* 4 **XLII**, 1 de re jud. *l.* 19 pr. ausgesprochen ist.

c. Aus dem Obigen folgt auch, daß bei der indirecten Beziehung einer und derselben Obligation auf dritte Personen die S. 20 f. angeführten Grundsätze nicht mehr gelten. Hat deßhalb z. B. der Gläubiger gegen den Haussohn eine Forderung eingeklagt, so kann er immer noch, solange er vom Haussohn nicht befriedigt ist, auch gegen den Vater de peculio, de in rem verso u. s. w. klagen; er kann ferner gegen den Vater, wenn er mit der actio de peculio nicht vollständig befriedigt wird, weil das Peculium nicht reichte, auf den Rest noch quod jussu oder de in rem verso klagen; ferner kann er, wenn er mit der quod jussu actio abgewiesen wurde, weil er den jussus des Vaters nicht nachweisen konnte, immer noch die Klage aus der Obligation des Haussohnes, wenn er sie auf einen anderen Grund stützt, anstellen, also z. B. noch de peculio oder de in rem verso klagen [56]. Ebenso folgt endlich aus den angeführten Gründen, daß in dem S. 16 Nr. V erwähnten Falle der Klagenconcurrenz durch die blose Anstellung der einen Klage das Recht zur anderen noch keineswegs verlohren geht, sondern in der Regel erst durch wirkliche Befriedigung in Folge der angestellten Klage [57] oder dadurch, daß der Kläger mit ihr deßhalb rechtskräf-

56) In gewissen Fällen kann aber noch aus einem materiellen Grunde durch die Wahl der einen Klage das Recht zur anderen verlohren gehen und hier wirkt dann natürlich dieser materielle Grund auch bei uns noch. Francke im Arch. f. civilist. Prax. Bd. XXIII S. 418.

57) Vrgl. hierüber mein Handbuch II § 67 und über die Fälle, in welchen schon durch rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten die andere Klage wegfällt, mein Handb. II § 67 Not. 17. Hiernach würde z. B. nach gemeinem Recht durch die Anstellung der actio tutelae das Recht zur Anstellung der actio de rationibus distrahendis nicht mehr aufgehoben; s. Savigny § 232 Not. l und den dort angef. Ribbentrop. Ungeeignet ist es übrigens, wenn Bolley Civilproz.O. Bd. I S. 485 in unsrem Württ. Recht noch der actio de rat. distrah. als einer besonderen Klage und ihres zweifelhaft scheinenden Verhältnisses zur tutelae actio erwähnt. Denn da bei uns jene Klage auf das Doppelte nicht mehr gilt (wie Bolley selbst S. 403 bemerkt): so ist die ganze Klage bei uns weggefallen. In dem Falle, für welche sie eingeführt wurde, haben wir als sachverfolgende Klage die actio tutelae und die condictio furtiva. Was neben diesen noch eine besondere, blos auf Ersatz gehende, actio de rat. distrah. bedeuten sollte, wäre in der That gar nicht einzusehen.

tig abgewiesen wurde, weil die ihr zu Grunde liegende Obligation nicht existirt [58].

---

58) Hier fällt die andere Klage weg nicht wegen der negativen Funktion der except. rei judic. (denn diese würde hier im neuesten Röm. Recht auf die andere Klage nicht mehr wirken, eben weil diese nicht mehr durch die Lit. Cont. consumirt wird), sondern wegen ihrer positiven; denn ist die auf ein gewisses Fundament gestützte Obligation überhaupt rechtskräftig für nicht existirend erklärt: so steht jeder auf dasselbe Fundament gestützten Klage aus dieser Obligation gegen den früheren Beklagten die exceptio rei judicatae entgegen. Das Gleiche gilt bei den S. 60 angeführten Klagen gegen den Hausvater, wenn das Urtheil ihr gemeinsames Fundament, die ihnen zu Grund liegende Obligation des Hauskinds, verneint; wenn z. B. der Kläger bei der Anstellung der act. de in rem verso deßhalb abgewiesen wurde, weil die Obligation des Hauskindes, die geschehene Leistung an Dasselbe, gar nicht erwiesen sey: so steht ihm natürlich, wenn er nachher dieselbe Obligation mit der act. de peculio einklagen würde, die exc. rei jud. entgegen (vermöge des positiven Inhalts des Urtheils), nicht aber, wenn er deßhalb abgewiesen wurde, weil zwar die Obligation des Kindes, aber nicht die versio in rem patris erwiesen sey; im letzteren Falle kann er immer noch mit der act. quod jussu oder peculiotenus mit der act. de peculio klagen.

## Dreizehnte Erörterung.

# Einfluß der Einleitung des Prozesses, insbesondere der Litis Contestation, auf das Rechtsverhältniß nach dem Justinianischen und dem heutigen Recht.

Mit dem gänzlichen Zusammenfallen des Instituts der prozeßualischen Consumtion (**XII.** Erörtt.) fiel die Hauptwirkung, welche die Lit. Cont. auf das zum Prozeß gebrachte Rechtsverhältniß äußerte, und ihre Hauptbedeutung für Dasselbe weg. Es behielt aber die Einleitung des Prozesses doch immer noch manchen, zum Theil nicht unbedeutenden, Einfluß auf das materielle Recht selbst sowohl im Justinianischen Recht als bei uns. Einzelne dieser Wirkungen hatten sich ursprünglich in Verbindung mit der consumirenden und novirenden Wirkung der Lit. Cont. gebildet, konnten aber auch unabhängig von ihr beibehalten werden und werden in der Weise, wie sie in den Justinianischen Rechtsquellen dargestellt erscheinen, unabhängig von Derselben behandelt, bestehen somit auch im heutigen Recht noch [1]; andere bildeten sich unabhängig von der prozeßualischen Consumtion und gründeten sich auf anderweite theils in der Natur der Sache

1) Hieher gehört die Vermittlung des Ueberganges mancher Klagen auf die Erben, welche bei einer novirenden Wirkung der Lit. Cont. sich ganz von selbst verstand.

liegende theils rechtspolizeiliche Gründe, weßhalb sie auch im neuesten Röm. Recht sich erhielten und bei uns noch gelten. Nur knüpfte das spätere Röm. Recht einen Theil dieser Wirkungen gar nicht mehr an die Lit. Cont., sondern an frühere Zeitpunkte der Einleitung des Prozesses.

Indessen ist über die Frage, an welche Prozeßabschnitte jene Einflüsse im Justinianischen Recht und bei uns sich knüpften, beinahe Alles bestritten. Namentlich behaupten Manche, schon im Justinianischen Recht seyen an den Prozeßabschnitt, der in demselben die Lit. Cont. bildete, jene Wirkungen überhaupt nicht mehr geknüpft gewesen; unter Denjenigen, welche dieser Ansicht nicht sind, ist wenigstens in Beziehung auf einzelne Wirkungen über den Prozeßabschnitt, an welchen sie geknüpft seyn sollten, Streit; endlich sind die Meinungen darüber verschieden, an welche Prozeßabschnitte in unsrem Deutschen Prozesse jene Wirkungen sich knüpfen sollen.

## I.

## Welcher Prozeßabschnitt entscheidet in der Regel über den Eintritt der einzelnen Wirkungen nach Justinianischem Recht?

Schon oben H. II S. 10 f. wurden die Aenderungen nachgewiesen, welche im späteren Röm. Recht mit der Lit. Cont. vorgingen. Da aber auch die Lit. Cont. des späteren Rechts dem Prozeßabschnitte, welchen sie im früheren Recht gebildet hatte, völlig analog war: so konnte man wohl die Wirkungen der alten Lit. Cont., soweit sie sich noch erhalten hatten, auch an die neuere Lit. Cont. angeknüpft lassen, und so beließ es daher auch Justinian für die Regel dabei.

Dieses Letztere wird aber von Manchen durchaus in Abrede gezogen. Namentlich behauptet z. B. Mühlenbruch Pandectenrecht § 144 bei Not. 5 (vrgl. auch seine Institut. § 46 Not. 2), daß alle Wirkungen, welche die Lit. Cont. noch hatte, nach einer Bestimmung Justinians in Nov. LIII cap. 3 § 2 eintreten sollen wenn der Beklagte die ihm mitgetheilte Klagschrift unterzeichnet hat und von da an 20 Tage verflossen sind. Allein davon sagt

die angeführte Stelle, von welcher schon H. II S. 11 die Rede war, in der That gar nichts; auch ist es bei dieser Ansicht Mühlenbruchs jedenfalls ganz ungeeignet, wenn er dann doch sowohl im angeführten § 144 als in anderen Stellen seines Pandectenrechts bei den genannten Wirkungen stets noch von der Lit. Cont. spricht und der Lit. Cont. diese Wirkungen zuschreibt, während ja nach seiner Ansicht die Lit. Cont. gar keine Beziehung mehr zu jenen Wirkungen haben soll. Ebenso ist mit jener Behauptung gar nicht vereinbar, wenn er noch in der dritten Auflage seiner Cession der Forderungenrechte S. 387, 388 behauptet und ausführt, daß die Wirkungen der Röm. Lit. Cont. mit unsrer heutigen Einlassung verbunden seyen und daß namentlich die Litigiosität einer Klage auch im neuesten Röm. Recht erst mit der Litis Contestation, somit bei uns erst mit der Einlassung, eintrete.

Noch weiter, nicht blos für das neueste sondern auch schon für das frühere Röm. Recht, ging neuerlich Asverus [2]. Er sucht auszuführen: die Wirkungen der Lit. Cont., selbst die Prozeßconsumtion und Novation, seyen schon im späteren classischen Röm. Recht, also noch zur Zeit des Formularprozesses, nicht mehr an die Lit. Cont., sondern an einen früheren Zeitpunkt geknüpft worden, nämlich anfangs an den Zeitpunkt der Denunciation (oben H. II S. 4) und in den späteren Kaiserzeiten an die (H. II S. 10 bezeichnete) Convention, und hieraus kommt er dann auf das Resultat, daß jene Wirkungen bei uns mit der Mittheilung des ersten den Prozeß eröffnenden Decrets eintreten. Nur sey der Eintritt dieser Wirkungen ein hypothetischer und habe blos unter der Voraussetzung statt, daß es später wirklich zur Lit. Cont. komme; komme es daher durch des Klägers Schuld nicht zur Lit. Cont.: so sollen jene Wirkungen wieder von selbst erlöschen. Auch sey da, wo eine Thätigkeit des Beklagten erfordert werde, um gewisse Wirkungen eintreten zu lassen, nicht schon die Denunciation oder die Convention (oder bei uns die Mittheilung des Ladungsdecrets),

---

2) Ueber die Denunciation der Römer und ihren geschichtlichen Zusammenhang mit dem ersten prozeßeinleit. Decret. Leipzig 1843. S. 182 f. 270 f. 298 f.

der Moment für den Eintritt jener Wirkungen, sondern erst die Lit. Cont. (z. B. bei der Frage, ob ein Nichtbesitzer, der sich für den Besitzer ausgibt, als fictus possessor zu behandeln sey, oder wie lange der Beklagte den Richter recusiren könne und dergl.) [3]. Bei dieser Ansicht, welche namentlich in Beziehung auf das classische Röm. Recht durchaus von Dem abweicht, was bisher allgemein angenommen wurde, geht Asverus davon aus, daß, wenn in den Digesten von tempus quo agitur, quo quis actione convenitur, quo petitur, oder von conventio, petitio, res petita die Rede ist und an die so bezeichneten Zeitpunkte gewisse Wirkungen geknüpft werden, unter jenen Ausdrücken der Zeitpunkt der Denunciation (an deren Stelle dann später die Convention des späteren kaiserlichen Rechts getreten sey), nicht aber der Zeitpunkt der Lit. Cont. verstanden werden müsse.

Diese Ansicht enthält schon auf den ersten Anblick viel Auffallendes und auch die Art und Weise, wie Asverus sie zu begründen sucht, bietet in der Herbeiziehung von sehr entfernt liegenden und für die Sache selbst in der That nicht beweisenden Argumenten und im Uebergehen mancher Stellen, welche für seine Ansicht freilich ein unübersteigliches Hinderniß bilden möchten, manche Blößen [3a]. Ich glaube, es dürfte hier genügen, Folgendes gegen Dieselbe zu bemerken: Was die Bedeutung des Ausdruckes conventio und actione conveniri in den Pandecten, also in Stellen aus den Zeiten des classischen Röm. Rechts, betrifft: so bedeutet zwar im späteren Coderrecht conventio einen von der Lit. Cont. verschiedenen früheren Prozeßabschnitt (oben H. II S. 10); aber ganz unzulässig ist es, den Sprachgebrauch einer viel späteren Zeit auf Fragmente aus dem classischen Röm. Recht überzutragen. Im Allgemeinen bedeutet in den Pandecten conveniri prozessirt werden, und actione conventus im Prozesse liegen, im Prozesse befangen seyn, ohne einen bestimmten Abschnitt des Prozesses zu bezeichnen, und ebenso heißt im Allgemeinen petere den Prozeß beginnen, und res pe-

3) Aber sogar auch hier will Asverus S. 270 Ausnahmen machen.

3a) Ueber die Schrift von Asverus s. nun auch Momsen in Schneiders crit. Jahrbb. f. R.W. 1845 H. X S. 865—890.

tita eine Sache, die im Prozesse liegt. Deßhalb kann allerdings conventio und conventus in manchen Pandectenstellen schon den Zeitpunkt der Benachrichtigung des Beklagten von der angestellten Klage bezeichnen; allein weder in der Regel noch überhaupt technisch haben jene Ausdrücke in den Pandecten diese Bedeutung. Da nämlich die lis nach dem Sprachgebrauche der Pandecten erst mit der Litis Contestation wirklich vorhanden, eine pendens, inchoata ist (oben §. II S. 5): so wird in den Pandecten regelmäßig durch actione conventus, res petita, si quis egerit und durch conventio, petitio und drgl. nur der Fall bezeichnet, wenn es wirklich zur Litis Contestation gekommen ist. Dieß sagen sie freilich nicht jedesmal ausdrücklich, so oft sie jene Worte in diesem Sinne gebrauchen (gerade wie auch wir bei Erörterungen über die Wirkungen der Lit. Cont. oft von einer angestellten Klage, von belangt worden seyn und drgl. sprechen und darunter, ohne es immer besonders zu wiederholen, den Zeitpunkt der Lit. Cont. verstehen); aber theils allgemeine Erklärungen, theils Parallelstellen und Das, was an anderen Orten genauer für den gleichen Fall, von welchem der unbestimmtere Ausdruck gebraucht ist, gesagt wird, beweisen diesen regelmäßigen Sprachgebrauch aufs Entschiedenste, so daß schon damit die Grundlage der Argumentation von Asverus für das classische Röm. Recht zusammenfallen dürfte. So sagt z. B., was die allgemeinen Erklärungen betrifft, die *l.* 15 **D. XLVI**, 8 (rat. rem): „Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat, si judicio petitum esset. Si „autem in jus eum vocaverit et satis judicio sistendi „causa acceperit, judicium tamen coeptum non fue„rit: ego puto, non committi stipulationem amplius non „peti. Hic enim non petit, sed petere vult;“ es wird also hier das peti ganz entschieden auf den Zeitpunkt der Lit. Cont. bezogen [3b]. Einzelne schlagende Beispiele für diesen Sprachgebrauch könnten in Menge angeführt werden. So vergleiche man nur einmal z. B. **D XII**, 1 de reb. cred. *l.* 22 (hier wird cum petitum esset erklärt durch cum litem contestatus fuisset),

---

3 b) Vrgl. oben §. II S. 5.

XLVI, 3 de solut. *l.* 57 § 1 (hier wird si petam für den Zeitpunkt der vollendeten Lit. Cont. genommen), *l.* 47 pr. § 1 eod. (hier wird tempus quo agitur genommen für die Zeit der lis contestata); ebenso D XVI, 3 depositi *l.* 14 § 1 vrgl. mit *l.* 12 § 3 eod. In gleicher Weise ließe sich Dieß gerade in den Fällen, auf welche sich Asverus besonders bezieht, nachweisen. So — um nur einige Beispiele anzuführen — nimmt Asverus S. 188 f. das in dem Pandectentitel von den Noxalklagen sehr häufig vorkommende conventus im Sinne der conventio des Coderrechts; allein daß dieses conveniri in den betreffenden Stellen genommen wird für den Zeitpunkt des „judicium acceptum“, also für den Zeitpunkt der Lit. Cont. (denn darüber, daß judicium acceptum den Zeitpunkt der vollendeten Lit. Cont. bezeichnet, kann doch in der That kein Zweifel seyn; vrgl. auch *l.* 25 de rei vind. *l.* 40 pr. de hered. pet. *l.* 25 § 8 de aedil. ed.), erweist sich vollständig aus D. IX, 4 de nox. act. *l.* 8, eine Stelle, welche von Asverus so viel ich finde übergangen wird. Ebenso ist es, wenn Asverus S. 191 f. aus einzelnen Digestenstellen, welche von conventio, petitio, egisse bei den Folgen der prozeßualischen Consumtion sprechen, herleiten will, sogar diese Consumtion sey schon vor der Litis Contestation mit der Denunciation der Klage eingetreten; er übergeht es, daß in Parallelstellen diese Wirkung ausdrücklich geknüpft wird an das in judicium deducere (was im Sprachgebrauche der Pandecten ganz unzweifelhaft die vollendete Lit. Cont. bezeichnet), daß hier gerade abwechselnd z. B. egerit und in judicium actio deducta est für das Gleiche genommen wird (*l.* 5 a. E. de fidej.), daß überhaupt noch in der *l.* 29 de novat. jene Wirkung an das judicium acceptum und an die lis contestata ausdrücklich geknüpft wird und auch hier actionem exercere für gleichbedeutend mit Lit. Cont. genommen wird (vrgl. auch *l.* 11 § 1 eod.), und daß endlich Justinian selbst in der cst. 28 de fidej. VIII, 41 davon ausgeht, daß die prozeßualische Consumtion an die Lit. Cont. gebunden gewesen sey. So will ferner Asverus S. 205 aus der *l.* 33 de O. et A. herleiten, daß der Uebergang der Klagen auf die Erben schon nach dem Pandectenrechte nicht durch die Lit. Cont., sondern durch einen früheren Prozeßabschnitt vermittelt worden sey, weil diese

Stelle von si vivus conventus fuerat spricht und dieß der lis contestata entgegensetze. Allein abgesehen davon, daß jene Stelle anders auszulegen seyn wird (s. unten nach Not. 54), so sagen die entschiedensten Quellenzeugnisse in den Pandecten, selbst z. B. eine Stelle von demselben Juristen, von dem die *l.* 33 herrührt, daß jener Uebergang erst durch die Lit. Cont. vermittelt werde (s. namentlich **D. XXVII**, 7 de fidej. et nom. *l.* 8 § 1); diese Stellen aber übergeht Asverus, und andere Stellen, wie z. B. *l.* 58 de **O.** et **A.** *l.* 12 pr. de verb. sign. *l.* 28 de injur., bezieht er auf früheres Recht, obwohl sie von Verfassern herrühren, welche mit dem Schriftsteller, aus dem die *l.* 33 genommen ist, theils gleichzeitig theils nach ihm lebten. Unbegreiflich aber ist es, wie er dabei aus den besonderen Bestimmungen über die Transmission der querela inofficiosi testamenti, welche doch offenbar etwas ganz Singuläres enthalten, dafür argumentirt, daß der active Uebergang der Klagen schon mit der Denunciation eingetreten sey, und dabei nicht bedenkt, daß durch dieses Argument, wenn es irgend gelten könnte, auch seine Ansicht umgestoßen würde, da ja dann über jenen activen Uebergang nicht erst der Zeitpunkt der eigentlichen Denunciation, sondern schon die Vorbereitung der Klaganstellung, ja schon der bestimmt erklärte Entschluß, die Klage anstellen zu wollen, entscheiden würde[4]. In ähnlicher Weise will Asverus S. 269, 270 in der *l.* 25 § 7 de hered. pet. einen „unwiderleglichen Beweis" dafür finden, daß man unter der Lit. Cont. den Zeitpunkt der conventio (im Sinne des Coderrechts) verstanden habe; allein jene Stelle beweist gerade das Gegentheil; sie dehnt

---

4) Wenn Asverus glaubt, die cst. 5 C. VIII, 28 de inoff. test. enthalte späteres Recht, als die l. 7 D. V, 2 eod. tit.: so ist dieß offenbar unrichtig. Die cst. 5 rescribirt nichts Anderes, als was schon aus der l. 7 folgt; denn natürlich muß das propositum, von welchem in der cst. 5 die Rede ist, auf irgend eine Weise erklärt worden seyn; auch ist die cst. 5 nicht aus einer späteren Zeit, als die l. 7. — Auch das Argument, welches Asverus in der cst. 1 C. I, 20 quando lib. finden will, ist nicht beweisend; vielmehr geht sie gerade davon aus, daß die Transmission der Klagen nur durch Lit. Cont. vermittelt werde, und macht hiervon nur bei dem Rescriptsprozesse (oben H. II S. 11 Not. 28) eine besondere Ausnahme.

nur Das, was ein Senatusconsult für die Zeit der Lit. Cont. festsetzte, ausdrücklich gegen die Worte des Senatusconsults auf eine frühere Zeit aus. Ueberhaupt aber enthält die Ansicht von Asverus für das Pandectenrecht, für die Zeiten des Röm. Formularprozesses, die entschiedenste Verkennung der ganzen Bedeutung der Lit. Cont., vollends gar in Beziehung auf die prozeßualische Consumtion, ein Institut, das nur durch die Lit. Cont. Erklärung und Begründung bekommen und überhaupt Bedeutung haben konnte. Auch widerstreiten noch andere Momente der Ansicht von Asverus. Nach ihm wäre z. B. die prozeßualische Consumtion im späteren classischen Röm. Recht stets schon durch Denunciation entstanden, aber blos eine provisorische gewesen und erst durch die Lit. Cont. definitiv geworden; die blose conventio im Sinne von Asverus, das petere, actionem exercere u. s. w. hätte nicht bleibend consumirt, sondern blos provisorisch, und in allen Fällen, in welchen es nicht zur Lit. Cont. kam, wäre die eingetretene Consumtion hinterher wieder weggefallen. Davon aber, namentlich von einer blos provisorischen Wirkung finden wir nicht die geringste Spur in den Quellen; sie knüpfen durchaus die Consumtion an die Lit. Cont., an das judicium acceptum, und die Digestenstellen, welche bei dem conveniri, bei der petitio u. drgl. nach ihrem gewöhnlichen Sprachgebrauche die Folgen der prozeßualischen Consumtion als eingetreten annehmen, deuten nicht im Geringsten darauf hin, daß dieß etwas blos Provisorisches sey, eben weil sie unter jenen Ausdrücken in solchen Stellen den Zeitpunkt der Lit. Cont. verstehen. Auch für das spätere Röm. Recht hat Asverus die Richtigkeit seiner Ansicht nicht nachgewiesen, wenn hier gleich aus den schwankenden und ungenauen Ausdrücken des späteren kaiserlichen Kanzleistyls sich da und dort über Einzelnes Zweifel ergeben können. Denn gegen die Hauptsache, gegen die allgemeine Zurücksetzung der Wirkungen der Lit. Cont. auf einen früheren Prozeßabschnitt, sprechen auch aus dem Codex ganz entschieden einzelne Stellen, über welche Asverus, wenn er sie besonders beachtet haben würde, wohl nicht hätte hinwegkommen können. So sagt z. B. Diocletian in C. IV, 17 cst. un.: „**Post litis contestationem** eo, qui vim fecit vel concussionem intulit vel

„aliquid deliquit, defuncto successores ejus in solidum, „alioquin in quantum ad eos pervenit, conveniri juris „absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur." So hätte diese Stelle unmöglich lauten können, wenn die Ansicht von Asverus richtig wäre. Für das Recht unter Justinian könnte nur der Umstand Bedenken erregen, daß Justinian in C. VII. 40 de annal. exc. cst. 3 § 1 von dem Kläger, dessen Klaglibell durch die conventio dem Beklagten mitgetheilt worden ist, in einer in manchen Beziehungen dunkeln Verordnung sagt: videri jus suum in judicium deduxisse, und davon die Unterbrechung der Klagenverjährung abhängig macht. Allein für seine Zeit konnte Justinian diesen Ausdruck von der conventio d. h. hier dem Zeitpunkte der Ladung wohl gebrauchen[5], ohne dadurch bestimmen zu wollen, daß alle Wirkungen, welche an die deductio in judicium des früheren Röm. Rechts d. h. an die Lit. Cont. gebunden waren, soweit sie sich noch zu seiner Zeit erhalten hatten, nun durchaus an den Zeitpunkt der deductio in judicium seiner Zeit, an die conventio des späteren Codexrechts d. h. an die Mittheilung der Ladung sich knüpfen sollen.

## II.

## Der regelmäßig entscheidende Prozeßabschnitt nach heutigem Recht. Insbesondere von der Lit. Cont. des Canon. Deutsch. u. Württ. Rechts im Verhältnisse zur Justinianischen.

Müssen wir aber auch annehmen, daß die Wirkungen, welche nach dem früheren Röm. Recht an die Lit. Cont. gebunden waren, auch noch im Justinianischen Recht, soweit sie sich überhaupt erhielten, in der Regel an die Lit. Cont. (im Sinne des Justinianischen Rechts) gebunden sind: so entsteht doch die Frage, wie dieß auf unser heutiges Recht und auf unsren heutigen Prozeß zu übertragen sey.

Von jeher war in dieser Beziehung wohl die Ansicht herrschend, daß alle Wirkungen, welche nach Justinianischem Recht

---

5) Oben H. II S. 9 Not. 20. Nur darf man nicht aus diesem Justinianischen Sprachgebrauche rückwärts schließen auf den Sprachgebrauch des classischen Röm. Rechts. S. auch noch C. IV, 9 de lit. cont. cst. un.

noch an die Lit. Cont. geknüpft waren, auch bei uns an den Prozeßabschnitt gebunden seyen, den wir Litis Contestation oder Kriegsbefestigung nennen. Allein von einzelnen Seiten wird dieß doch bestritten. Namentlich geschah es in neuerer Zeit aufs Entschiedenste von Sintenis in einer sehr ausführlichen Abhandlung[6].

Im Princip ist die Ansicht von Sintenis von der herrschenden weniger verschieden, als es auf den ersten Anblick scheint, und es wird bei ihr mehr darauf ankommen, welche Anwendung ihr auf das Einzelne gegeben wird. Denn zunächst wird ja von Niemanden geläugnet, daß das Röm. Recht allmählig einige einzelne Wirkungen, welche die Lit. Cont. hatte, an frühere Momente des Prozesses, z. B. an die Ladung, knüpfte (und deßhalb diese auch bei uns an diesen früheren Zeitpunkt geknüpft sind) theils weil schon zur Zeit des classischen Röm. Rechts und noch mehr im späteren Röm. Recht die prozeßeinleitenden Handlungen nicht in einem Acte sich vereinigten und man daher bei manchen

6) „Von der Lit. Cont. des neueren Rechts und den Wirkungen der ersten Handlungen der Parteien und des Richters nach heutigem Prozeßrecht“ in seinen Erläuterungen versch. Lehr. d. Civilproz. B. I. 1840 S. 91 – 210. Das Resultat seiner Ansicht faßt er in seinem Civilrecht Bd. I. 1844 S. 328 dahin zusammen: „Im Röm. ältern Prozesse erscheinen die prozeßualischen Handlungen der Parthieen, welche die Einleitung des Verfahrens bis zur Lit. Cont. einschließlich „bilden, als ein zusammenhängender Complexus, und deßhalb sind „die Wirkungen als die der Lit. Cont. genau und genügend bezeichnet. Im spä„teren finden sich schon mehrere an frühere Momente geknüpft. Dieß hängt da„mit zusammen, daß jene Handlungen der Zeit nach auseinandergezogen wurden. „In dieser Veränderung zeigen sich nun die erklärenden Gründe der Wirkungen, „und diese sind es also, auf welche es ankommt. Wenn wir daher in unserem „Prozesse diese Handlungen zum Theil noch mehr isolirt finden: so müssen wir „für jede einzelne Wirkung die einzelne Handlung als erklärende Ursache aner„kennen und bestimmen. Es kommt also auf die Bedeutung und den Gebrauch „der Lit. Cont. im älteren Deutschen und im heutigen Prozesse zu diesem Zwecke „nichts an. Aber natürlich ist es ein großer Irrthum, die Wirkungen der Röm. „Lit. Cont. an Das zu knüpfen, was wir heute so nennen, und also auch das „Bestreben fruchtlos, die Bedeutung der Lit. Cont. oder Kriegsbefestigung un„seres älteren Prozesses zu ermitteln, um davon jene abhängig zu machen, in„dem es immer am Zusammenhange derselben damit fehlt und auch die Praxis „ganz entschieden (?) in den meisten Punkten von selbst auf den rechten Weg ge„kommen ist“.

Wirkungen es ihrer Natur entsprechender fand, sie nicht erst mit der Lit. Cont., sondern mit einem früheren Zeitpunkte zu verbinden; dieß geschah theils im späteren Kaiserrechte, theils aber auch schon im classischen Röm. Recht (s. unten Abschnitt III). Auf den Eintrittspunkt *jener* Wirkungen bezieht sich also die principielle Meinungsverschiedenheit nicht; es handelt sich bei ihnen nur davon, aus den *Römischen* Quellen gehörig zu bestimmen, *welche* Wirkungen an einen solchen früheren Zeitpunkt geknüpft sind. Dagegen geht allerdings das Justinianische Recht von der *Regel* aus, daß diejenigen Wirkungen, welche früher die Lit. Cont. hatte, auch noch im neuesten Röm. Recht (soweit sie nicht ganz erloschen oder nicht ausdrücklich an frühere Prozeßabschnitte geknüpft wurden) an die Lit. Cont. desselben geknüpft bleiben. Diese Regel — behauptet nun *Sintenis* — dürfe man nun nicht mehr geradezu *bei uns* anwenden. Denn (so scheint mir wenigstens sein Argument aufzufassen zu seyn) im Röm. Recht habe die Lit. Cont. einen *Complex* von *Handlungen* umfaßt; *diese* Handlungen aber erscheinen in unsrem Prozesse nicht mehr als Complex und als durch die Lit. Cont. vereinigt, sondern isolirt und der Zeit nach durchaus getrennt; deßhalb komme es bei dem Zeitpunkte des Eintritts der Röm. Wirkungen der Lit. Cont. bei uns lediglich darauf an, welche dieser verschiedenen, durch die Röm. Lit. Cont. combinirt gewesenen, Handlungen das bestimmende Moment jeder einzelnen Wirkung der Lit. Cont. gewesen sey, und an diese Handlung (Einreichung der Klagschrift, Insinuation derselben an den Beklagten, Beantwortung der Klage u. s. w.) sey dann bei uns die betreffende Wirkung zu knüpfen. So kommt er dann dahin, manche Wirkungen, welche das Justinianische Recht an seine Lit. Cont. und die herrschende Meinung bei uns an die heutige Lit. Cont. knüpft, nicht mehr an diese, sondern an eine frühere prozeßualische Handlung zu binden, weil das bestimmende Moment jener Wirkungen nicht in der eigentlichen Lit. Cont., sondern in den anderen mit ihr verbunden gewesenen, bei uns aber ganz getrennt von ihr erscheinenden, Handlungen gelegen gewesen sey.

Es wird hier ganz darauf ankommen, ob und wie weit die Prämissen richtig sind, von welchen Sintenis ausgeht. *Wenn*

Das, was wir in unsrem Prozesse unter Lit. Cont. verstehen, einen Prozeßabschnitt bildet, welcher wesentlich von demjenigen verschieden ist, den die Justinianische Lit. Cont. bildete: so können wir allerdings das für den Letzteren Bestimmte nicht auf den Ersteren anwenden, und wenn Justinians Lit. Cont. eine Reihe von Handlungen combinirte, welche bei uns der Zeit nach sehr auseinandergerückt sind: so entsteht freilich die Frage, ob Das, was Justinian mit seiner Lit. Cont. eintreten ließ, nicht bei uns schon mit einer der von der Lit. Cont. losgerissenen und in einen früheren Zeitpunkt fallenden Handlungen eintreten müsse. Allein einestheils müssen wir bei den Wirkungen, welche das Röm. Recht für Folgen der Lit. Cont. erklärt, doch stets im Zweifel davon ausgehen, daß zu ihrem Eintritt die ganze Lit. Cont. gehöre, d. h. daß sie nur eintreten sollen, wenn es zum Endpunkte der Lit. Cont. gekommen ist, und so können wir sie nicht übertragen auf eine Handlung, die vor diesem Endpunkte liegt; anderntheils erschienen ja schon theilweise zur Zeit des classischen Röm. Rechts und erscheinen durchaus zu Justinians Zeit die drei Haupthandlungen der Einleitung des Prozesses (Anbringen der Klage, Mittheilung derselben an den Beklagten und dessen Ladung, Beantwortung der Klage) nicht in dem Acte der Lit. Cont. vereinigt, sondern als äußerlich durchaus getrennte Handlungen [6a]), und gerade der Umstand, daß das Röm. Recht allmählig einige Wirkungen der Lit. Cont. an solche getrennte der Lit. Cont. voraufgehende Handlungen knüpfte, beweist, daß es diese Isolirung wohl beachtete, und auch außerdem beweisen noch manche Stellen aus dem classischen Röm. Recht, daß eine solche Trennung stattfand und beachtet wurde (z. B. **D. IV**, 5 ex quib. caus. maj. *l.* 24 *l.* 25 *l.* 26 pr. **II**, 11 si quis caut. *l.* 10 § 2 **IX**, 4 de nox. act. *l.* 26. § 4). Wenn es dann aber nicht weiter ging, d. h. doch manche Wirkungen der Prozeßeinleitung an den Schlußpunkt, an die Lit. Cont., geknüpft seyn läßt, was kann uns bei der Anwendung des Röm. Rechts befugen, das Gegentheil zu thun und diese Wirkungen nicht an den Schlußpunkt zu knüpfen? Wir müssen sie vielmehr auch an denselben

---

6a) Vrgl. auch Mühlenbruch Entw. des Civilproz. 2. Ausg. § 247 a. E.

und also an unsre Lit. Cont. knüpfen, wenn und soweit der Schlußpunkt der Letzteren mit jenem Schlußpunkte im Wesentlichen zusammentrifft. So wird es also bei der Frage, ob die gewöhnliche Ansicht — nach welcher diejenigen Wirkungen, die noch im Justinianischen Recht Folgen der Lit. Cont. sind, auch in unsrem Prozesse an Das gebunden seyn sollen, was wir Lit. Cont. nennen — richtig sey, hauptsächlich darauf ankommen, ob unsre Lit. Cont. im Wesentlichen denselben Prozeßabschnitt bildet, welchen die Lit. Cont. des Justinianischen Rechts bildete.

Das Canonische Recht geht bei der Litis Contestation im Wesentlichen von demselben Begriffe aus, wie das Justinianisch Römische Recht, indem es sagt [7], die Litis Contestation geschehe **per petitionem in jure propositam et responsionem factam**, wobei es unter responsio ohne Zweifel nichts Anderes versteht, als (wie auch das Justinianische Recht) die **contradictio** des Beklagten [8]). Auch nach Canonischem Recht sind es somit immer beide Parthieen, welche litem contestiren, den Streit unter sich befestigen; den Endpunkt aber bildet die Antwort des Beklagten auf die Klage, seine allgemeine Erklärung gegen die Klage. Nur ist es keine Abweichung vom Römischen Recht

---

7) X. I, 6 de elect. cap. 54 § 1.

8) Anderer Ansicht ist Bayer Vorträge über ordentl. Civilproz. 7. Aufl. S. 329. Er glaubt, das Canon. Recht habe den Röm. Begriff der Lit. Cont. irrthümlich erweitert und an die Stelle eines Widerspruchs des Beklagten überhaupt eine Antwort desselben, also möglicher Weise auch eine bejahende, gesetzt, wozu wahrscheinlich die Glossatoren Veranlassung gegeben hätten. Allein es ist wohl ganz augenscheinlich, daß das Röm. Recht selbst es war, aus welchem das Can. Recht seinen Ausdruck responsionem, überhaupt seinen ganzen Begriff nahm. Denn was in C. III, 1 de judic. cst. 14 § 1 durch narratio et contradictio ausgedrückt ist, wird in anderen gleichzeitigen Stellen des Röm. Rechts (cst. 2 pr. C. II, 59 d. jurejur. propt. calumn.) durch narratio et responsio bezeichnet. — Die Antwort des Beklagten kann übrigens in Beziehung auf den Klaggrund eine bejahende und dabei doch eine wahre Litis Contestation (d. h. eine zum Streit führende, die Klage negirende Erklärung) seyn, wenn sie nämlich den Anspruch des Klägers durch Einreden ganz oder theilweise abzuwenden sucht oder die vom Kläger aus dem Klaggrunde gezogenen juristischen Folgerungen in Abrede zieht. Ist aber nicht einmal dieß der Fall: so führt die Antwort nicht zum Streite über die Klage.

(vgl. H. II S. 12), wenn das Canonische Recht eine Erklärung des Beklagten, welche blos im Vorschützen peremtorischer Einreden besteht, nicht als Lit. Cont. gelten läßt und vorschreibt, daß der Beklagte, wenn er, ohne sich irgend weiter über die Klage zu erklären, blos peremtorische Einreden vorschützen will, sofort zur Lit. Cont. angehalten werden soll (Not. 9). Darin aber weicht es vom Röm. Recht ab, daß es bei einzelnen peremtorischen Einreden, bei den exceptiones litis finitae (z. B. exc. rei judicatae), eine Ausnahme macht, indem nach Can. Recht über diese vor der Lit. Cont. verhandelt und entschieden werden soll[9].

Auch die älteren Deutschen Reichsgesetze faßten in gleicher Weise, mit dem Justinianischen Recht im Wesentlichen ganz übereinstimmend, die Litis Contestation auf. Unter Lit. Cont. oder Kriegsbefestigung verstanden sie die erste Verhandlung beider Partheien über die Sache selbst, durch welche es wirklich zum Streite oder Prozesse über die Klage kommt, also das im ersten Termin wiederholte Vorbringen der (dem Kläger vorher schon mitgetheilten) Klage und die allgemeine Antwort des Beklagten auf dieselbe, durch welche er sich darüber erklärt, ob er der Klage geständig sey oder nicht. Erst nach dieser Streitbefestigung kam es (wie im Justinianischen Recht) zu den genaueren Erklärungen über die Klage, und zu dem Ende konnte dann die Klage, wenn sie blos summarisch gefaßt war, vom Kläger zum Zwecke weiterer Verhandlung in besondere Artikel gebracht werden[10]. Diese letztere Befugniß des Klägers

9) In VIto II, 3 de lit. cont. cap. 1, 2.

10) Kammer G. O. v. 1555 Thl. III, Tit. 13, 14 (Neue Sammlung der Reichsabschiede Thl III S. 115, 116). Sie bestimmt a. a. O., daß die Parthie, welche „litem negative contestiren will, andere oder mehr Worte nicht „gebrauchen soll denn: in Sachen N. contra N. bin ich der Klage nicht geständig, bitt mich von derselbigen mit Abtrag Kostens und Schadens zu erledigen, und mit diesen Worten soll der Krieg, ob auch der Lit. Cont. nicht „ausdrücklich Meldung geschehe, befestigt zu seyn gehalten und verstanden werden, dagegen (was hiernach auch noch zur Kriegsbefestigung gerechnet wird) „des Klägers Anwalt nicht anders mündlich fürtragen soll, dann nämlich also: „in angeregter Sach repetire ich meine articulirte Klag anstatt der Articul, bitt „Inhalt derselben, oder so die Klag nicht articulirt, also: in angeregter Sach „erhole ich meine Klag und bitt Zeit zu fernerer Handlung. Darauf in beiden

erkennen auch das I. und II. Württ. Landrecht an [11]. Dieselbe wurde zwar später in den Reichsgesetzen aufgehoben, wie dieß auch vom III. Württ. Landrechte (1610) geschah [12]; allein die Bedeutung der Streitbefestigung blieb in den Reichsgesetzen (über das Württ. Recht s. unten) dieselbe; sie besteht in der Feststellung der Frage, ob es über die Klage zum Streite kommen soll, und wird vollendet durch die allgemeine in diesem Sinne gegebene Erklärung des Beklagten (litis contestatio generalis) [13]. Sie war gleichsam eine gemeinsame vorläufige Handlung über die Einlassung auf den Streit durch das Vorbringen des Klägers und die allgemeine Erklärung von Seiten des Beklagten, ob er die Klage so, wie sie gestellt ist, zugebe oder nicht, wodurch im Allgemeinen der Streit fixirt wurde, und auf gleiche Weise scheinen auch noch die beiden ersten Württ. Landrechte (1555 u. 1567) die Lit. Cont. aufzufassen [14]. Hiernach konnte es nach den Reichsgesetzen, wie nach Röm. Recht, eigentlich eine affirmative Lit. Cont. nicht geben. Denn gab der Beklagte Alles zu, ohne Einreden vorzuschützen: so kommt es gar nicht zu einem Streite; er wird verurtheilt und es ist gegen ihn mit der Execution vorzuschreiten. Gab er aber den faktischen Klaggrund zu und läugnete die vom Kläger daraus gezogenen juristischen Folgerungen, den Anspruch des Klägers: so war durch diese Erklärung allerdings eine Lit. Cont. bewirkt [15]; denn es kam nun wirklich zum

---

„Fällen, als nämlich, da der Kläger seine articulirte Klag anstatt der Articul „repetirt, dem Beklagten zu antworten, oder so die Klag nicht articulirt, deren „Kläger zu articuliren Zeit auf nächsten Termin zugelassen seyn soll".

11) S. II. Landr. Fol. 89 in Riecke's Gerichtsgess. I S. 239

12) Landr. I, 28 § 2.

13) ReichsA. v. 1570 § 88—91. Vrgl. auch ReichsA. v. 1594 § 59—64 (Neue Samml. d. R.AA. III S. 299, 430).

14) Die beiden Landrechte sagen nämlich: „Es heißt vnnd würdt aber der „kriegrechtens dannmals verfangen vnd für befestigt gehalten, wann „nach eingebrachter vnd übergebener klag der Beklagt darauf mit gestehen oder „widersprechen derselbigen (wölches dann mit guten lauttern worten, mit ja oder „nein, gestehen oder nit gestehen, geschehen solle) antwurt geben hat." Damit ist nicht gesagt, daß blos die Handlung des Beklagten Lit. Cont. heiße, sondern nur, daß durch seine Handlung die Lit. Cont. beendigt werde.

15) Im älteren Röm. Recht, zur Zeit des Formularprozesses, entschied in

Streite über die Klage, wenn auch der Streit nur den Rechtssatz betraf; aber jene Erklärung war nun auch eine Verneinung der Klage, eine negative Lit. Cont. Gab er endlich den historischen Klaggrund zu, brachte aber Einreden vor: so war dieß wieder eine negative Lit. Cont., weil er der Klage, wie sie vorgebracht war, im Ganzen doch nicht stattgab und es somit zum weiteren Streite kam (vgl. Not. 8 a. E.).

Der jüngste Reichsabschied von 1654 § 37 ging noch einen Schritt weiter. Er verwirft die generelle Lit. Cont. Es soll im ersten Termine nicht blos eine allgemeine Fixirung des Streites stattfinden, sondern der Beklagte sich sogleich ganz speziell über die Klage in allen ihren Beziehungen erklären (und dieser Erklärung, falls er Einreden vorzuschützen hat, auch diese anhängen)[16]. Diese Erklärung nennt der Reichsabsch. § 40 Einlassung in die Hauptsache[17]. Dadurch aber wurde das Wesen der Lit. Cont. nicht geändert; sie war und blieb, wie im neuesten Römischen und im älteren reichsgerichtlichen Prozesse, die Befestigung des Streites durch die Klage und die darauf erfolgte

---

einem solchen Falle der Magistratus sofort selbst, so daß es nicht zum judicium, zum Verfahren vor dem Judex, und somit auch nicht zu der eigentlichen dasselbe vorbereitenden Lit. Cont. kam.

16) Die Bestimmung des Canon. Rechts und älterer Reichsgesetze, nach welcher die except. litis finitae vor der Lit. Cont. vorgeschützt und verhandelt werden konnten, wurde schon im R. A. v. 1570 § 89 aufgehoben. Der J. R. A. aber verlangt, daß alle Einreden stets mit der Lit. Cont. verbunden, also nicht später vorgeschützt werden sollen.

17) Schon hieraus und noch aus dem R. A. v. 1570 § 89, 90, auf den sich der J. R. A. v. 1654 § 37 ausdrücklich bezieht, dürfte sich die Unrichtigkeit der Behauptung von Sintenis (Erläutt. I. S. 139 f.) ergeben, nach welcher der § 37 des J. R. A. nicht die Lit. Cont. bezeichnen, derselbe überhaupt den Ausdruck Lit. Cont. oder Kriegsbefestigung absichtlich umgangen und diesen Begriff ganz verwischt haben soll. Sintenis führt selbst an, daß im § 110 des J. R. A. das Wort Litis Contestation vorkomme, meint aber nur, „daß es da aus alter Gewohnheit mit untergelaufen" sey. Allein gerade diese Stelle gebraucht den Ausdruck ganz augenscheinlich für die im § 37 bezeichnete Einlassung (s. auch Mühlenbruch Entwurf des Civilproz. 2. Aufl. 1840 S. 123, 124 und Heffter Civilproz. 2. Aufl. § 348—350). Meines Wissens legten auch weder die Juristen des XVII. Jahrhunderts noch die Reichsgerichte dem jüngsten R. A. irgend den Sinn bei, welchen Sintenis in ihm finden will.

ganz oder theilweise verneinende Antwort des Beklagten [18], nur daß diese nicht mehr generell gefaßt seyn durfte, sondern namentlich in Beziehung auf den historischen Klaggrund auf jeden Punkt sich bestimmt einlassen mußte, und daß beim schriftlichen Verfahren von einem Erscheinen beider Parthieen und einer Wiederholung der Klage in diesem Termine und der sofort darauf folgenden Antwort nicht die Rede seyn konnte, somit der Act, durch welchen die Lit. Cont. beendigt wird, als ein isolirter von Seiten des Beklagten erscheint. Faßt man die Lit. Cont. so auf: so mußte, wie schon oben bemerkt wurde, jede wahre Litis Contestation (d. h. welche wirklich zum Streite führen sollte) von Seiten des Beklagten eine negative seyn, durch sie das Recht des Klägers ganz oder theilweise in Abrede gezogen werden.

Auf diese Weise und zugleich als einen Act beider Parthieen faßten wirklich auch Schriftsteller, die zur Zeit des jüngsten Reichsabschieds lebten und nach ihm schrieben, die Sache auf, z. B. Lauterbach Colleg. Pand. V, 1 § 15—21. Indessen schwankte die Doctrin auch schon in früherer Zeit sehr über die nähere Bestimmung des Acts, der eigentlich Lit. Cont. genannt werden sollte, und allmählig entwickelte sich aus diesem Schwanken die Ansicht, daß eigentlich blos der Beklagte es sey, welcher litem contestire, und daß die Lit. Cont. in seiner Antwort auf die Thatsachen bestehe, auf welche der Kläger die Klage gründe. Bei dieser beschränkten Beziehung, die man so der Lit. Cont. gab, konnte man dann allerdings die Lit. Cont. in eine negative und affirmative eintheilen, weil man nur einen Theil der Antwort des Beklagten, eine gewisse Richtung derselben, durch Lit. Cont. bezeichnete und in diesem Sinne auch die affirmative Lit. Cont. zum Streite führen konnte, wenn nämlich der Beklagte zwar den factischen Klaggrund zugab (affirma-

18) Insoferne ist theilweise richtig, was Bayer a. a. O. S. 332 sagt. Durch den J. R. A. wurde die Bedeutung und das Wesen der Lit. Cont. nicht geändert; sie besteht auch nach ihm, was die Thätigkeit des Beklagten betrifft, in der Erklärung, daß er die Klage bestreite und es auf den Prozeß ankommen lassen wolle. Allein diese Erklärung muß nach dem J. R. A. eine genaue Antwort über die der Klage zu Grunde liegenden Facta enthalten, außer der Beklagte würde sie alle unbedingt zugeben oder unbedingt bestreiten.

tive Lit. Cont.), aber Einreden vorschützte oder die juristischen Consequenzen, die der Kläger aus dem historischen Klaggrunde herleitete, in Abrede zog.

Zu dieser beschränkten Beziehung der Litis Contestation gaben übrigens die Reichsgesetze selbst Veranlassung. Es lag ihnen (wie gewissermaaßen auch schon der Italienischen Jurisprudenz des Mittelalters) eine überwiegende Beziehung der Lit. Cont. auf die Thätigkeit des Beklagten zu Grunde, und dieß war auch natürlich, da durch dessen erste Haupterklärung die Frage, ob und wie es zum Streite kommen werde, entschieden wurde. Dabei sprechen sie schon von einer negativen Lit. Cont. Denn sie nennen die Erklärung des Beklagten auf die Klage dann, wenn sie in einer allgemeinen Verneinung der Klage besteht, eine negative Lit. Cont.[19]; sie geben auch unvermerkt, wie die Doctrin ihrer Zeit und auch schon die Italienische Jurisprudenz, der Haupterklärung des Beklagten, durch welche die Lit. Cont. vollendet wird, immer mehr die Beziehung auf die factischen Verhältnisse der Klage, auf die Thatsachen, die der Klage zu Grunde liegen, auf die narrata des Klägers. Noch mehr mußte der J.R.A. zu dieser Beziehung der Lit. Cont. Veranlassung gegeben, da er gleich in der ersten Antwort des Beklagten eine spezielle Beantwortung der factischen Grundlage der Klage verlangt und dieß Einlassung in die Hauptsache nennt, und da er, wie auch schon frühere Reichsabschiede, z. B. der von 1570 § 89, mit dem Vorschützen prozeßhindernder Einreden die Verbindung einer eventuellen Lit. Cont. („eventuell-hauptsächliche Handlung", J. R. A. § 40) vorschreibt, und so die Lit. Cont. auf jene directe Erklärung über die Klage bezieht.

Uebrigens hatte sich im XVII. Jahrhundert die beschränkte Beziehung der Lit. Cont. auf diese Einlassung des Beklagten auf die Klage noch nicht fest ausgebildet, und es ist nicht uninteressant,

---

19) Vrgl. Not. 10. Ob sie unter dem Gegensatze, der affirmativen Lit. Cont., eine allgemeine Bejahung der Klage verstanden, (also eine contestatio litis, die nicht zur lis führen würde) ist die Frage; denn zu ihrer Zeit verstanden Viele unter affirmativer Lit. Cont. (weit natürlicher und der Sache angemessener) die Erklärung des Klägers bei der Lit. Cont., sein Bestehen auf der Klage; s. Not. 21.

zu sehen, wie die Juristen dieser Zeit in dieser Hinsicht zu einer festen Ansicht nicht recht kommen konnten. Ich will hier nur zwei näher anführen, die gerade für das Württ. Recht von Bedeutung sind, einen Mitvotanten bei dem III. Württ. Landrecht, Heinrich Bocer (Mein Handbuch Bd. I S. 337), und Lauterbach. Der Erstere sagt in einer Disputation de litis contestatione [20]: Lit. Cont. sey „causae, de qua controversia est, „ex utraque parte facta narratio, ut cum apud judicem „actor petitionem suam proponit et ad eam reus ita re-„spondet, ut testetur et declaret mentem suam, quod „velit illius controversiae nomine cum actore coram ipso „judice litigare.“ Er faßt also die Lit. Cont. als eine Handlung beider Parthieen auf und sagt noch ausdrücklich, sie bestehe aus 2 Stücken: der intentio actoris und der entgegengesetzten responsio rei (wie das Röm. Justinianische und das Canonische Recht). Allein im Verlaufe der Disputation verläßt er diese Prämissen und gibt die zweiseitige Beziehung der Lit. Cont. auf, ohne sich recht über diesen Widerspruch zu erklären. Er theilt nämlich die Lit. Cont. ein in affirmativa und negativa, sagt, die Ansicht Derjenigen, welche die Erstere auf die Erklärung des Klägers, die Letztere auf die des Beklagten beziehen, theile er nicht [21], vielmehr verstehe er unter affirmativer Lit. Cont., wenn der Beklagte nicht läugne, daß dem Kläger an sich ein Klagrecht zukomme, aber Einreden vorschütze, durch welche er die Klage indirect zu vernichten beabsichtige [22]; unter negativer Lit. Cont., wenn der Beklagte einfach läugne und seine Verbindlichkeit gegen den Kläger in Abrede ziehe. Dadurch faßt er also die Lit. Cont. blos als Act des Beklagten

---

20) H. Boceri disputationum de universo jure Pars II. Class. VI. disp. XIX nr. 2, 4, 13—19, 29.

21) Ueber diese Eintheilung vrgl. auch aus dem XVI. Jahrh. Göddaeus Commentar. in tit. Dig. de verb. signif. ad leg. 36.

22) Wenn der Beklagte unbedingt die Klage zugebe, ohne Einreden vorzuschützen: so sey dieß, sagt Bocer, keine Lit. Cont., weil eben durch dieses Bekenntniß aller Streit abgeschnitten werde; gewöhnlich aber nenne man dieß doch auch Lit. Cont. (affirmativa), und dabei bezieht er sich dann auf das Württ. Landr. I, 25 § 2.

auf und zwar nur als einen Theil dieses Actes, blos als die directe Antwort auf die Klage, aber nicht blos auf den factischen Klaggrund, sondern auch auf den rechtlichen Theil derselben, auf das Recht, das der Kläger an sich in Anspruch nimmt. Uebrigens, fügt er bei und kehrt dadurch wieder zu seinem ursprünglichen Begriffe zurück, könne man auch die Lit. Cont., welche er affirmative genannt habe, eine negative nennen, wenn man den Endzweck des Beklagten ins Auge fasse, weil er auch beim Zugestehen der Klage an sich durch Vorschützen von Einreden seine Verbindlichkeit und das Recht des Klägers in Abrede ziehe; nur werde durch ein bloses Vorschützen peremtorischer Einreden ohne Erklärung auf die Klage an sich lis nicht contestirt, wenigstens nicht nach Canonischem Recht. Lauterbach (in seinen Pandectenvorlesungen a. a. O.; einige Jahrzehnte nach dem jüngsten Reichsabschied) stimmt im Wesentlichen ganz mit Bocer überein, selbst in seinen Inconsequenzen. Er definirt ganz mit Bocer's Worten die Lit. Cont. als eine Handlung beider Partheien, faßt sie aber bei der Entwicklung ihrer Eintheilungen lediglich als Handlung des Beklagten auf und zwar als directe Erklärung desselben auf das Vorbringen des Klägers, schwankt jedoch bei der näheren Bestimmung Dessen, was **Lit. Cont. affirmativa** und **negativa** von Seiten des Beklagten seyn soll, und scheint am Ende dahin zu kommen, das Hauptmoment der Lit. Cont. auf die Erklärung des Beklagten über die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen zu legen.

Später wurde es immer bestimmtere Ansicht, die Lit. Cont. blos auf die Erklärung des Beklagten über den historischen Klaggrund, auf die Einlassung des Beklagten auf die factischen Grundlagen der Klage zu beziehen, und die gewöhnliche Definition von Lit. Cont., die man bei den späteren Juristen, zum Theile sogar unter Berufung auf das Canonische Recht, findet, ist: **responsio ad factum in actione propositum, animo, judicium cum actore suscipiendi.** Völlige Einigkeit ist aber auch hierüber bis in die neueste Zeit in so ferne nicht, als Manche die Erklärung über den rechtlichen Theil des Klagfundaments bald ganz bald theilweise noch zur Lit. Cont. oder Einlassung ziehen, somit die Lit. Cont. nicht blos auf die

Erklärung über den historischen Klaggrund beschränken. Die herrschende Ansicht aber ist, daß bei uns Lit. Cont. oder Kriegsbefestigung (Streitbefestigung) oder Einlassung auf die Klage die Erklärung des Beklagten über die Wahrheit der Thatsachen, auf welche der Kläger sein Recht gründet, bedeute.

Was das Württ. Recht, insbesondere zunächst das (dritte) Landrecht von 1610 betrifft: so bezieht dasselbe die Lit. Cont. entschieden blos auf die Handlung des Beklagten (L. R. I, 28 § 3. I, 25 § 2) und zwar auf seine Erklärung über die Klage in der Absicht, dadurch in den Streit über die Klage selbst sich einzulassen. Es sagt nämlich (I, 25 § 2): „Vnd weil die Kriegsbevöstigung (oder Litis Contestatio s. L. R. I, 25 § 6) anders nichts ist, dann ein Antwort auff des Clägers begehren, so heißt vnnd würdt der Krieg Rechtens verfangen vnd für bevöstigt gehalten, wann der Antworter auff die eingebrachte Clag mit Ja oder Nein mit Gestehen oder Widersprechen antwort gibt." Dabei trennt es diese Kriegsbefestigung von dem blosen Vorschützen von Einreden, welches nach ihm so wenig zu dem eigentlichen Acte der Litis Contestation gehört (L. R. I, 23 § 14 I, 25 § 8 im Anfang), als die spezielle Antwort auf die articulirte Klage (L. R. I, 28 § 3). Das Landrecht versteht also unter Lit. Cont. die allgemeine Erklärung des Beklagten, ob er die Klage zugebe oder nicht, so daß es, wie schon Bocer bemerkt, auch dann eine Lit. Cont. als geschehen annimmt, wenn der Beklagte die Klage unbedingt zugibt und er deßhalb als verurtheilt zu behandeln und gegen ihn mit Execution einzuschreiten ist (L. R. I, 25 § 3 vrgl. mit I, 33 § 1). Dabei bezieht es aber in anderen Stellen die Lit. Cont. hauptsächlich auf die Erklärung des Beklagten über den historischen Klaggrund; s. z. B. I, 25 § 9 a. E. I, 28 § 1, 3. So ist deßhalb nach dem Landrechte eigentlich Kriegsbefestigung, Litis Contestation diejenige Handlung des Beklagten, durch welche er sich in der Absicht, die Sache vor Gericht zu bringen, über die Klage selbst und namentlich über die Wahrheit der Thatsachen, auf welche der Kläger seinen Anspruch gründet, im Allgemeinen erklärt.

Der Sprachgebrauch des Landrechts weicht sonach von dem Sprachgebrauche, wie er später entschiedener in der gemeinrecht-

lichen und partikularrechtlichen Doktrin und Praxis sich bildete und wie er auch den neueren Württembergischen Prozeßgesetzen zu Grunde liegt (vrgl. IV. Edict von 1818 § 93), nur insofern ab, als das Landrecht jene ganze Handlung des Beklagten überhaupt, die gesammte Erklärung des Beklagten auf die Klage selbst, Lit. Cont. nennt, sey es, daß der Beklagte die Klage nach ihrer faktischen Grundlage unbedingt und ohne weiteren Beisatz, somit auch in ihren rechtlichen daraus gezogenen Folgerungen zugibt (L. R. I, 25 § 3) oder daß er die Klage mit Beschränkung oder mit Einmischung von Einreden zugibt (L. R. I, 25 § 4) oder die Klage in ihrer factischen Begründung bejaht, aber in der rechtlichen verneint u. s. w., wenn nur in seiner Handlung eine Erklärung auf die Klage selbst, namentlich auf ihren historischen Klaggrund, liegt (L. R. I, 25 § 2. 5. I, 28 § 1. I, 67 § 4). Jetzt aber nennt man Lit. Cont. oder Einlassung blos einen Theil jener Handlung, aber einen wesentlichen, nämlich die Erklärung auf den factischen Klaggrund, und verlangt, daß diese Erklärung genau und bestimmt auf alle factische Momente, auf welche die Klage gestützt ist, sich einlasse.

Hiernach ist also Lit. Cont. im jetzigen Sinne oder Einlassung auf die Klage vorhanden, sobald der Beklagte über den historischen Klaggrund in der Absicht, dadurch auf die Klage selbst sich einzulassen, seine Erklärung abgibt, mag es nun dadurch zu einem weiteren Streite nicht kommen, indem er den historischen Klaggrund zugibt (Lit. Cont. affirmativa) und auch die juristische Begründung der Klage nicht läugnet und keine weiteren Vertheidigungsgründe vorbringt, oder mag es dadurch zum weiteren Streite wirklich kommen. Auch in dem letzteren Falle aber heißt nur derjenige Theil seiner Erklärung Lit. Cont. oder Einlassung, welcher sich auf die historischen Gründe der Klage bezieht. Wenn er daher die historischen Klaggründe zugibt, aber die von dem Kläger aus denselben gezogenen rechtlichen Consequenzen läugnet oder Einreden vorschützt, also der Klage im Ganzen nicht sich fügt, die Forderung des Klägers somit verneint: so ist dieß doch eine Lit. Cont. affirmativa, bejahende Einlassung, weil er die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen zugab. Eine negative Lit. Cont., verneinende

Einlassung, ist nur vorhanden, wenn er den historischen Klaggrund läugnet, und eine gemischte, wenn er ihn theils läugnet, theils zugibt.

Gar keine Lit. Cont. ist aber vorhanden, wenn er blos Einreden vorschützt und über die Klage selbst, wie sie vorgebracht ist, sich zu erklären verweigert. Dieß schon nach Canonischem Rechte, den Deutschen Reichsgesetzen, wie nach dem Württ. Landrechte und den neueren Württ. Prozeßgesetzen (IV. Edict v. 1818 § 90—94). Diese Einlassung zu verweigern ist aber der Beklagte in der Regel nicht befugt; Ausnahmen läßt die Reichsgesetzgebung nur bei gewissen dilatorischen Einreden zu. Aber die gemeinrechtliche Praxis dehnte diese Ausnahmen sehr aus (s. unten S. 86, 87), und dieser Praxis folgte theilweise auch die neuere Württ. Gesetzgebung, indem sie dem Beklagten gestattet, die Einlassung zu verweigern, wenn er die Einrede des Spoliums oder solche verzögerliche Einreden vorschützt, durch deren Entfernung die Gültigkeit und Wirksamkeit des ganzen Verfahrens bedingt ist (IV. Edict § 90, 94), oder wenn er sich, was die zerstörenden Einreden betrifft, darauf beruft, daß die Sache früher schon durch Vergleich oder rechtskräftiges Urtheil beigelegt worden sey (Einwendungen des geendigten Rechtsstreites, IV. Edict § 93). In solchen Fällen, in welchen der Beklagte sich auf die Klage selbst einzulassen nicht verbunden ist, kann es wohl seyn, daß er doch zur Begründung seiner Einreden sich über Einzelnes, was in der Klage enthalten ist, äußert. Dieß gilt aber dann, wenn er nicht dabei die Absicht hatte, sich auf die Klage wirklich einzulassen, nicht als Lit. Cont., und das Württ. Landrecht, welches auch Verweigerung der Einlassung, zum Theil in noch größerer Ausdehnung, zuließ (bei den dilatorischen Einreden, aber nicht bei den peremtorischen, L. R. I, 23 § 10. 14), erwähnt für einen solchen Fall noch besonders einer Protestation des Beklagten, daß er durch die Berührung des Inhalts der Klage den Krieg Rechtens nicht habe befestigen wollen, wodurch er die Deutung seiner Handlung als Lit. Cont. abwende[23].

---

23) L. R. I, 25 § 9. Diese Stelle scheint Reinhardt Landr. Bd. IV. S. 170 nicht richtig aufzufassen. Er nennt sie sehr auffallend (was sie in der That nicht

Bei der Frage nun, an welchen Prozeßabschnitt bei uns die Wirkungen zu knüpfen sind, welche noch das neueste Röm. Recht der Litis Contestation beilegt, kommt es zunächst darauf an, in wieweit der Prozeßabschnitt, in welchen die von uns sogenannte Litis Contestation fällt, mit dem Prozeßabschnitte zusammentrifft, den die Justinianische Lit. Cont. bildete. Das Justinianische Recht, wie unser heutiges, unterscheidet bei den prozeßeinleitenden Handlungen ganz bestimmt drei Stadien: die Einreichung der Klage bei dem Richter, dann die Mittheilung derselben an den Beklagten durch einen Officialen des Gerichts mit der Ladung und endlich nach Ablauf der den Partheien gegebenen Termine das Erscheinen der Partheien vor Gericht, in welchem nun die erste gegenseitige Verhandlung der Sache und die Lit. Cont. vorkam (nur bei dilatorischen Einreden von rein prozeßualischer Natur trat eine Ausnahme ein, indem ihr Vorschützen die Lit. Cont. abwendete (oben H. II S. 12). Ganz dieselben Einleitungsstadien unterscheidet auch unser gemeinrechtlicher Prozeß, nur daß beim schriftlichen Prozesse das dritte Stadium durch die Antwort des Beklagten auf die Klage vertreten wird und daß es in demselben nicht in allen Fällen zu der von uns s. g. Lit. Cont. zu kommen hat. Rechtliche Wirkungen daher, welche das Röm. Recht an seine Lit. Cont. knüpft, können wir (und dieß ist der Punkt, in welchem mir Sintenis zu fehlen scheint) unmöglich an einen Prozeßabschnitt unsres Prozesses knüpfen, der ein früheres Stadium ist, als in welches die Röm. L. C. gefallen seyn würde. Wir können sie also weder an die Ladung des Beklagten und noch viel weniger schon an die Einreichung der Klagschrift knüpfen; denn darin, daß das Röm. Recht sie an die Lit. Cont. knüpft, liegt ja die entschiedene Erklärung, daß sie weder schon mit der Ladung noch mit dem Erheben der Klage

---

ist, sobald man sie in dem angegebenen Sinne nimmt) und glaubt sogar, daß sie durch den Geist des neueren Württ. Verfahrens ihre Gültigkeit verlohren habe und daß ohnehin eine solche Verwahrung eine protestatio facto contraria sey, während, wenn man sie in dem oben entwickelten Sinne nimmt, weder das Erstere noch das Letztere richtig ist. S. auch Lauterbach Coll. Pand. V, 1 § 16 und die dort angef. Württ. Schriftsteller und den Fall in den Consil. Tubingens. Vol. II. cons. 133 nr. 4.

eintreten sollen. Die Frage kann daher bei uns nur die seyn, an welchen nach der Ladung eintretenden Prozeßabschnitt bei uns diese Wirkungen zu knüpfen sind. Theoretiker und Praktiker und die Praxis seit Jahrhunderten antworten hier beinahe ohne Ausnahme, sie seyen an den Prozeßabschnitt zu knüpfen, in welchem unsre Lit. Cont. vorkommt, sie treten also ein, sobald der Beklagte seine Erklärung über die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen bei Gericht abgelegt hat. Für die Regel ist auch diese Ansicht gewiß richtig. Zwar könnte man, wie es scheint, einwenden, daß unsre Lit. Cont. blos eine einseitige Handlung des Beklagten und zwar blos die Erklärung desselben über die vom Kläger angeführten Thatsachen sey, während die Justinianische eine Handlung beider Parthieen und die contradictio des Beklagten, durch welche die Lit. Cont. vollendet wird, nicht auf jene Erklärung beschränkt war, sondern seine Erklärungen auf die Klage überhaupt umfaßte. Allein dieß entscheidet hier deßhalb nichts, weil es blos auf die Bestimmung des Prozeßabschnitts ankommt und unsre Einlassung oder Lit. Cont. in der Regel gerade genau in denselben Prozeßabschnitt fällt, den die Röm. Lit. Cont. bildete, weil in diesem Prozeßabschnitte bei uns im Wesentlichen ganz dasselbe vorkommt, was bei der Justinianischen Lit. Cont. (nur daß man bei uns blos einen Theil der in denselben fallenden Thätigkeit des Beklagten Lit. Cont. oder Einlassung nennt, was aber in der Sache selbst etwas ganz Indifferentes ist), und weil der Schlußpunkt unsrer Lit. Cont. mit dem der Justinianischen durchaus zusammenfällt, da er dort wie hier durch die responsio des Beklagten gebildet wird. In einem Punkte aber weicht allerdings unser heutiges gemeines Recht wesentlich vom Römischen ab. Es ist nämlich zu beachten, daß bei uns in gewissen Fällen ein Prozeß Monate, ja Jahre lang ganz ernstlich dauern kann, ehe es zu unsrer Lit. Cont. kommt; zwar nicht nach den späteren Reichsgesetzen, namentlich nicht nach dem jüngsten Reichsabschiede, aber nach unsrer gemeinrechtlichen Praxis, indem diese, theilweise zum Canonischen Rechte zurückkehrend und es noch erweiternd, den peremtorischen s. g. prozeßhindernden Einreden und allen sofort liquid machbaren peremtorischen Einreden die Wirkung beilegte, daß sie von

jeder, auch der eventuellen, Einlassung befreien. Hier konnte dann, obwohl es wirklich zum Prozesse kam, während der Dauer des Prozesses die Einlassung, also Das was wir Lit. Cont. nennen, sehr lange hinausgeschoben werden, und hier, aber blos in einem solchen Falle, wäre es ganz gegen den Sinn des Röm. Rechts, die Wirkungen der Lit. Cont. unbedingt erst dann eintreten zu lassen, wenn es später nach Verwerfung jener Einreden zur Einlassung kam; denn nach Röm. Recht mußte der Beklagte im ersten Termine, auch wenn er peremptorische Einreden vorschützte, sich auch darüber erklären, ob er die Klage zugebe oder nicht (H. II S. 12), und die Wirkungen der Lit. Cont. traten von diesem Termine an ein. Allein diese Verschiedenheit rechtfertigt es, wie schon oben gezeigt wurde, keineswegs, nun bei uns die Wirkungen der Lit. Cont. an einen früheren Zeitpunkt, als selbst das Röm. Recht will, zu knüpfen; denn dieß hieße das Röm. Recht nicht in seinem Sinne auf unsre Verhältnisse übertragen, sondern bei dieser Uebertragung von seinem Sinne und Geiste wesentlich abweisen; sie nöthigt nur, die Wirkungen in dem Zeitpunkte eintreten zu lassen, in welchem sie nach Röm. Recht eintreten sollten, wenn er auch nicht mit unsrer Lit. Cont. zusammentrifft. Da aber die Frage in dem Falle ganz bedeutungslos wird, wenn das Vorschützen von Einreden der genannten Art zur gänzlichen Abweisung des Klägers führt: so ergibt sich folgende Modification als die natürlichste, wie sie auch schon aus allgemeinen, im Röm. Recht anerkannten, Grundsätzen fließt (vrgl. D. II, 11 si quis caut. *l.* 10 § 2. IX, 4 de nox. act. *l.* 26 § 4 IV, 5 ex quib. caus. maj. *l.* 24, 25, *l.* 26 pr. § 4—6): daß die Wirkungen der Lit. Cont. mit der ersten Erklärung des Beklagten auf die eingereichte Klagschrift, wenn sie auch keine Einlassung enthält, dann als eingetreten anzunehmen sind, wenn er auf eine Weise, die sich später wirklich als unbegründet erfindet, die Einlassung verzögert hat. Im Uebrigen aber treten die Wirkungen der Lit. Cont. des Justinianischen Rechts auch bei uns mit unserer Lit. Cont. ein.

Auf das gleiche Resultat kommt man auch nach dem Württ. Recht. Das Württ. Landrecht I, 25 § 6 spricht auf's Entschiedenste

die Ansicht aus, welche bei den Schriftstellern über das gemeine Recht zu seiner Zeit herrschte und auch in unsrer Zeit noch herrscht, nämlich die Ansicht, daß die Wirkungen, die das Röm. Recht an die Lit. Cont. knüpfte, bei uns an den Prozeßabschnitt gebunden seyen, den man in Deutschland und den namentlich das Landrecht durch Litis Contestation oder Kriegsbefestigung bezeichnet. Umfaßt nun auch die Lit. Cont. des Landrechts mehr, als was wir jetzt unter Einlassung oder Lit. Cont. nach dem Sprachgebrauche der Praxis und der neueren Württ. Prozeßgesetze verstehen (S. 82 f.): so bildet doch die Letztere einen wesentlichen Theil jenes Actes, ist immer in der Kriegsbefestigung des Landrechts enthalten und fällt mit ihr in einem Acte zusammen, so daß man unbedenklich im Sinne des Landrechts den Eintritt der Wirkungen der Lit. Cont. von dem Acte datiren kann, den wir jetzt Lit. Cont. oder Einlassung auf die Klage nennen. Allein auch nach unsrem Landrechte konnte die Kriegsbefestigung vom Beklagten durch allerhand Weiterungen hinausgezogen werden, indem namentlich vorher über die verzögerlichen Einreden entschieden werden mußte (Landr. I, 23 § 10 I, 25 § 1 vrgl. I, 23 § 14), und ebenso ist es der Fall nach dem neuesten Württ. Recht, zwar nicht mehr wegen aller dilatorischen Einreden, aber doch wegen gewisser und im Gegensatze zum Landrechte auch wegen einiger peremtorischen, den Einreden des beendigten Rechtsstreits. In solchen Fällen würde es in der That zu Ungereimtheiten führen, wenn man die Wirkungen der Lit. Cont. erst mit der wirklichen Einlassung oder Kriegsbefestigung eintreten lassen wollte, und so kommen wir daher auch hier auf dieselbe aus allgemeinen Grundsätzen fließende Beschränkung, die S. 87 nach gemeinem Recht vertheidigt wurde.

Hiernach erhalten wir nach gemeinem und Württ. Recht das Resultat: Was nach Justinianischem Recht noch Wirkung der Lit. Cont. ist, tritt auch bei uns erst mit unsrer Lit. Cont., mit der Einlassung auf die Klage ein; wenn aber der Beklagte in dem Termine, in welchem er über die Klage sich zu erklären hat, sich nicht einläßt: so sind mit diesem Termine doch jene Wirkungen als eingetreten anzunehmen, wenn er in einer Weise, die später wirklich als unbegründet erkannt wird, die Einlassung verzögert hatte.

## III.

## Die einzelnen Wirkungen der Prozeßeinleitung auf das materielle Recht und die Prozeßabschnitte, an welche sie gebunden sind.

Nach dieser Ausführung ist es auch für unser heutiges Recht von Wichtigkeit, genau zu untersuchen, welche Wirkungen der Prozeßeinleitung nach Justinianischem Recht an die Litis Contestation und welche an frühere Zeitpunkte gebunden waren. Bei dieser Untersuchung und der Entwicklung des heutigen Rechts[23a] übergehe ich aber die blos prozeßualischen Wirkungen und beschränke mich auf die Wirkungen, welche das materielle Recht selbst betreffen.

A.[24] Folgen der durch das competente Gericht erfolgten Mittheilung der Klage an den Beklagten mit der Auflage, sich über die Klage vor Gericht (mündlich oder schriftlich) innerhalb eines bestimmten Termines zu erklären, also der Insinuation des den Prozeß einleitenden Decrets an den Beklagten (Citation, Ladung). Diese Folgen sind:

1. Unterbrechung der s. g. Klagenverjährung[24a].

---

23 a) Ich gehe dabei zunächst durchaus vom gemeinen Recht aus und knüpfe blos bei den einzelnen Fällen die etwanigen Abweichungen des Württ. Rechts an.

24) Läßt der Kläger im Laufe des Prozesses die Klage ausdrücklich fallen (S. 52): so müssen die bis dahin eingetretenen Prozeßwirkungen als nicht eingetreten betrachtet werden (s. auch Giphanius Lecturae Altorphin. ad *l.* 33 de O. et A. p. 606). Das Gleiche ist der Fall, wenn der ganze Prozeß cassirt wird. Wird er blos theilweise cassirt: so bleiben natürlich jene Wirkungen bestehen, falls auf den Prozeßabschnitt, dessen Folgen sie sind, die Cassation sich nicht erstreckt.

24 a) Wie unsicher und schwankend über diese Frage noch die Praxis ist, ergibt sich u. A. aus der Schrift von Ca. Ed. Pfotenhauer Ueb. d. Unterbrechung der Klagenverjhrg. mit Rcks. auf d. neueste gemeinrechtl. u. Sächs. Prax. Lpzg. 1843 (54 SS.) 8. In einem Rechtsfalle in Sachsen entschied neuerlich, wie hier Pfotenhauer näher anführt, die erste Instanz, daß die Unterbrechung schon durch Einreichung der Klage eintrete, die zweite Instanz, daß sie erst durch die dem Beklagten gehörig geschehene Insinuation der Klage und Ladung bewirkt werde, die dritte Instanz aber, daß wenigstens der Tag entscheide, an

Das Römische Recht setzte bis in die späteren Kaiserzeiten über die Unterbrechung der Verjährung durch Einleitung des Prozesses nichts Besonderes zu Gunsten des Klägers fest; es beließ hier Alles bei den streng rechtlichen Folgen, welche sich aus der Bedeutung der Litis Contestation ergeben. Hiernach mußte im älteren Röm. Recht bei den ausnahmsweise einer erlöschenden Verjährung unterworfenen Forderungenrechten (bei den actiones temporales) der Lauf der Verjährung nothwendig durch die Lit. Cont. gehemmt und eine Fortsetzung der Verjährung der alten Obligation unmöglich gemacht werden in Folge der prozeßualischen Consumtion des Anspruchs (S. 34). Allein diese prozeßualische Consumtion conservirte auch von der anderen Seite das Recht des Klägers, indem nun für das durch die Lit. Cont. fixirte Verhältniß, wie es in diesem Prozesse durchführbar war, die alte Verjährung nicht weiter fortlief[25]. Nur konnte nun eine andere sehr kurze Verjährung zu laufen beginnen, die Prozeßverjährung (S. 33), welche aber nicht durchaus die durchgreifenden Wirkungen der Rechtsverjährung (der s. g. Klagenverjährung) hatte. Als im späteren Röm. Recht diese Prozeßverjährung wegfiel, war die natürliche Folge, daß nun allgemein mit der Lit. Cont. das durch dieselbe festgestellte Verhältniß ganz unverjährbar blieb, die Obligation des Beklagten einer weiteren Verjährung gar nicht mehr unterworfen war. Mit Recht machte sich aber hier in den späteren Kaiserzeiten das rechtspolizeiliche

---

welchem das erste die Klage annehmende und mittheilende gerichtl. Decret erlassen wird (gleichviel, wann die Insinuation dem Beklagten zukam). Mit einer genauen und speziellen Widerlegung dieses letzteren unrichtigen Erkenntnisses und einer Vertheidigung des Urtheils zweiter Instanz beschäftigt sich die angef. tüchtige Schrift von Pfotenhauer. — In einem anderen Rechtsfalle erkannte, wie Pfotenhauer S. 3 anführt, die Juristenfacultät zu Leipzig, daß zum Zwecke der Unterbrechung der Verj. „nach der richtigeren Meinung nicht blos der Klaglibell bei Gericht einzureichen, sondern auch die Behändigung der darauf ergehenden Ladung zu bewerkstelligen sey"; das App. Gericht zu Leipzig aber hielt schon die Ueberreichung der Klage bei Gericht für hinreichend.

25) Deßhalb sagen die Röm. Juristen: post litem contestatam perpetuatur obligatio (D. XII, 2 de jurejur. *l.* 9 § 3 XXVII, 7 de fidej. et nom. *l.* 8 § 1) oder: omnes actiones semel inclusae judicio salvae permanent. L, 17, de R. J. *l.* 139.

oder politische Element, die Rücksicht auf den durch Einleitung des Prozesses sein Verhältniß gehörig wahrenden Kläger geltend, indem Theodosius II., diesem folgend, eine wesentliche Aenderung traf. Mit der Aufhebung des Grundsatzes, daß die Klagen in der Regel unverjährbar seyn sollen, und der allgemeinen Einführung einer dreißigjährigen erlöschenden Verjährung für alle Verhältnisse, welche nicht schon im früheren Recht einer kürzeren Verjährungszeit unterworfen waren, bestimmte er zugleich, daß, wenn die Verjährung durch die Prozeßeinleitung unterbrochen werde aber dann der Prozeß liegen bleibe, von da an allgemein eine neue dreißigjährige Verjährung für das zum Prozeß gebrachte Rechtsverhältniß laufen soll (S. 36 Not. 40); er hob also die alte Perpetuation der Klagen durch Lit. Cont. ganz auf, und setzte an ihre Stelle eine dreißigjährige Verjährung. Was aber den Zeitpunkt der Unterbrechung der Verjährung betrifft: so war es freilich ungeeignet und nicht gehörig auf die Verhältnisse der Verjährung berechnet, die Unterbrechung erst mit der Litis Contestation eintreten zu lassen; auch war zu Theodosius II. Zeiten eine prozeßualische Consumtion nicht mehr ein Moment, in dieser Beziehung an das alte Recht sich zu binden. Allein Theodosius that es doch; er nimmt an, daß die Unterbrechung der Verjährung erst mit der Litis Contestation eintrete. Zwar ist hierüber Streit[26]. Allein wenn Theodosius (Theodos. Cod. IV, 14 cst. un.) der Bestimmung, die Klagen sollen in der Regel in dreißig Jahren verjähren, beifügt: „in eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam in judicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu triginta denuo annorum devoluto curriculo

26) Auch Savigny V S. 317 scheint anderer Ansicht zu seyn. Namentlich sagt er, daß schon in der mittleren Zeit des Röm. Rechts das Prozeßinstitut der Litis Denuntiatio als Unterbrechung der Verjährung angenommen worden sey, und dann hätte natürlich ohne Zweifel die später an ihre Stelle getretene Conventio auch in dieser Beziehung ihre Stelle vertreten. Er führt aber für seine Behauptung blos Hollweg Prozeß I S. 249 an, bei dem ich etwas der Art nicht behauptet finde; auch ist mir keine Quellenstelle bekannt, welche jene Wirkung der Denunciation beilegte.

tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur": so ist es augenscheinlich, daß er dabei davon ausgegangen seyn mußte, die Unterbrechung der Verjährung trete erst durch die Lit. Cont. ein. Was aber seine unmittelbar vorhergehenden Worte betrifft, welche allein auf den ersten Anblick zu einer entgegengesetzten Ansicht Veranlassung geben könnten (und welche auch Justinian in der in seinen Codex aufgenommenen excerpirten Constitution beibehielt — C. VII, 39 de praescr. 30 ann. cst. 3 § 1): so sagt er hier allerdings: zur Unterbrechung der Verjährung reiche es nicht hin, „precibus oblatis speciale quoddam, licet per annotationem, meruisse responsum vel etiam judiciis allegasse, nisi allegato sacro rescripto aut in judicio postulatione deposita fuerit subsecuta conventio". Allein diese Stelle bezieht sich blos auf den besonderen kaiserlichen Rescriptsprozeß (H. II S. 11 Not. 28), bei welchem die Wirkungen der Lit. Cont. von einem früheren Zeitpunkte datirt wurden[27], und so steht sie in voller Harmonie mit Dem, was auf sie folgt. Erst später wird theils von Kaiser Justinus theils von Justinian bestimmt und entschieden ausgesprochen, daß die Unterbrechung der s. g. Klagenverjährung eintreten solle, sobald dem Beklagten durch das Gericht die vom Kläger eingereichte Klagschrift mitgetheilt worden sey[28], und

27) Vrgl. über Denselben Hollweg Prozeß S. 400 f. und Pfotenhauer a. a. O. S. 47 f. Die Stelle sagt in Beziehung auf diesen Rescriptsprozeß (vrgl. C. I, 20 quando libell cst. 1) blos: nach dem bisherigen Rechte wurde bei actiones temporales im Rescriptsprozesse die Verjährung unterbrochen per oblationem precum (et ad eas rescriptionem? vrgl. auch noch Justinians cst. 2 C quando libell.); dieß soll aber bei der neu eingeführten dreißigjährigen Verjährung nicht mehr der Fall seyn; diese wird erst durch einen späteren Zeitpunkt unterbrochen, nämlich im Rescriptsprozesse durch subsecuta conventio (Mittheilung der Klage mit dem Rescript), im ordentlichen Prozesse (wie es hier auch bei den actt. temporales der Fall war) durch Lit. Cont.

28) Etwas unbestimmt und schwankend sind in dieser Hinsicht, weil man sie auch noch auf den Zeitpunkt der Lit. Cont. beziehen könnte, die cst. 9 VII, 39 de praescript. 40 ann. und cst. 1 § 1 VII, 30 de ann. exc. (Linde Gießner Zeitschr. II S. 172 f.). Dagegen lassen keinen Zweifel übrig die cst. 7 pr. § 1, 5 de praescr. 30 ann. und besonders die cst. 3 § 1 de ann. exc. S. auch Savigny V S. 317, 318. Ueber die cst. 3 de praescr. 30 ann. s. oben vor Not. 27.

Justinian verbindet damit die weitere Bestimmung, daß, wenn dann der Prozeß liegen bleibe, das Recht des Klägers erst in vierzig Jahren verjähren solle (s. g. Verjährung der Litispendenz oder Perpetuation der Klagen; cst. 9 de praescr. 30 ann.). Hiernach tritt die Unterbrechung der Klagenverjährung auch bei uns ein, sobald dem Beklagten das richterliche Decret, durch welches ihm die Klage mitgetheilt und deren Beantwortung auferlegt werden soll, insinuirt ist, und es ist die Meinung Derjenigen entschieden unrichtig, welche im Justinianischen Recht und bei uns die Unterbrechung der Klagenverjährung erst mit der Litis Contestation eintreten lassen wollen[29].

Dagegen gehen einige Andere zu weit, indem sie glauben, diese Unterbrechung trete schon mit dem Anbringen der Klage bei dem Richter ein. Legislativ wäre Dieses allerdings das Richtigere, wenn man sich einmal auf den Standpunkt stellt, auf den sich hier das spätere Röm. Recht gestellt hatte; denn mit diesem Anbringen hat der Kläger von seiner Seite Alles gethan, was zu Wahrung seines Rechts von ihm erfordert wird, und es ist eigentlich nicht zu rechtfertigen, nun von der richterlichen Thätigkeit, von dem Erlassen des Decrets an den Beklagten, den Eintritt der Folgen dieser Wahrung abhängig zu machen[29a]. Allein das positive Recht ging nun eben einmal nicht so weit. Anderer Meinung ist aber hierin namentlich Sintenis Erörtt. I S. 150 und Civilr. I § 31 Not. 52 und zwar schon nach Röm. Recht; er glaubt, nach Justinianischem Recht sey schon durch das blose

29) Dieser Ansicht ist selbst noch Unterholzner Verjährungslehre I S. 440. Allein die cst. 3 de ann. exc. übergeht er ganz. S. auch die folgende Note. Eben so wenig läßt sich die Mittelmeinung rechtfertigen, nach welcher die dreißigjährige Verjährung durch die Mittheilung der Klage, kürzere Verjährungen aber erst durch Lit. Cont. unterbrochen werden sollen, eine Ansicht welche auch noch v. Vangerow Pandect. I S. 182 hat. S. gegen dieselbe Savigny V § 242 Not. v und Linde Gießner Zeitschr. II S. 167 f.

29 a) Schon deßhalb ist der legislative Vorschlag von Bolley Civilproz.O. I § 781, alle Wirkungen der Prozeßeinleitung auf das mat. Recht ganz gleichmäßig mit dem Ablauf der ersten mit Androhung eines Rechtsnachtheils verbundenen Frist eintreten zu lassen, nicht zu billigen. Unmöglich kann man diese so verschiedenartigen Wirkungen von demselben Momente abhängig machen.

Anbringen der Klage die Verjährung unterbrochen worden [29 b]. Allein dieß läßt sich gewiß in keiner Weise begründen. Einige Constitutionen Justinians sind allerdings so gefaßt, daß ihr Sinn etwas zweifelhaft ist, aber gar nicht in der Beziehung zweifelhaft, ob nicht schon mit dem Anbringen der Klage die Verjährung unterbrochen werde, sondern vielmehr in der, ob sie nicht noch mehr, als die Insinuation der Klage, ob sie nicht die vollendete Lit. Cont. zur Unterbrechung verlangen; denn das Wenigste, was sie verlangen, ist subsecuta per executorem conventio (dieß sogar beim Rescriptsprozeß; cst. 3 § 1 de praescr. 30 ann.) oder daß der Kläger dem Beklagten libellum conventionis transmiserit (cst. 3 § 1 de annal. except.), und wenn in der cst. 7 de praescr. 30 ann. (von Justinus) gesagt ist, daß die Unterbrechung bewirkt werde per solam conventionem und in dieser Stelle noch mehrmals die conventio als das Unterbrechungsmoment bezeichnet wird: so würde es doch in der That gegen alle Auslegungsregeln verstoßen, wenn man hier dieses Wort nicht in dem Sinne gebrauchen würde, welchen es zu den Zeiten Justins gewöhnlich hatte und der in demselben Titel noch zum Ueberflusse ganz unverkennbar dem Worte beigelegt wird (cst. 3 eod.), nämlich in dem Sinne der Mittheilung der Klage an den Beklagten. Wenn aber Sintenis sich noch darauf beruft, daß Justinian bei seiner in Not. 28 angef. Bestimmung über Unterbrechung der Verjährung von desides spreche,

29 b) Auch Puchta scheint ähnlicher Ansicht zu seyn. Er sagt (Pandect. 2. Ausg. § 90 Instit. II § 208), die Verjährung werde unterbrochen durch wirksame Anstellung der Klage d. h. eine solche, auf welche die Vorladung des Beklagten wirklich folge. — Ueber den Sinn dieser Ansicht kann man zweifelhaft seyn. Soll er dahin gehen, daß wenn später zu irgend einer Zeit die Vorladung erfolge, sich die Unterbrechung der Verj. vom Anbringen der Klage an rückwärts datire: so sagen dieß die Quellen entschieden nicht (Puchta citirt cst. 3, 7 pr. § 5 de praescr. XXX ann.); ist aber gemeint, die Vorladung müsse noch innerhalb des Rests der Verjährungszeit erfolgen, wenn die Anstellung der Klage als eine wirksame gelten solle: so ist es dann nicht die Anstellung der Klage, durch welche die Verj. unterbrochen würde, sondern erst die Vorladung. Vgl. auch Not. 31.

29 c) Ueber diesen executor vrgl. auch Pfotenhauer a. a. O. S. 27 f., und gegen Sintenis Dens. S. 46 Not. 1.

welche der Nachtheil treffen soll, ein Kläger aber, der seine Klage anbrachte, nicht nachlässig sey: so ist Dieses ein unzulässiges Benützen allgemeiner Gründe des Gesetzes, um das entschieden und klar sprechende Gesetz zu corrigiren (mein Handb. II S. 142). Auch wird die Ansicht von Sintenis noch ganz besonders widerlegt durch die cst. 2 de annal. except. Gegen einen abwesenden oder nicht bevormundeten geisteskranken oder noch im Kindesalter stehenden Gegner nähmlich kann man zwar bei Gericht eine Klage anbringen, nicht aber sie ihm mittheilen. Deßhalb bestimmt für solche Fälle Justinian in cst. 2 cit., es solle hier zur Unterbrechung der Verjährung ausnahmsweise genügen, wenn die Klage beim Präses unter Anführung jenes hindernden Umstandes angebracht werde. Hierin liegt doch wohl ein unumstößlicher Beweis, daß er die bloße Einreichung der Klage zur Unterbrechung in der Regel nicht für hinreichend hielt, sondern davon ausging, die Mittheilung der Klage an den Beklagten sey zu diesem Zwecke nothwendig; nur wo diese Mittheilung nicht möglich ist, will er doch ein Mittel an die Hand geben, die Unterbrechung herbeizuführen. Freilich beruft sich Sintenis auch auf die Verschiedenheit unsres Prozesses; es sey in diesem möglich, daß die Ausfertigung der Citation sich lange hinausziehe und die Partheien dadurch ganz in die Willkühr des Richters gegeben würden. Allein hierin liegt durchaus keine Verschiedenheit unsres und des Justinianischen Prozesses; denn auch in diesem konnte ein willkührlicher Richter die Citation lange hinausziehen (vrgl. auch die S. 87 angeff. Stellen), und aus blosen legislativen Gründen können wir das nun einmal bestimmt lautende Gesetz nicht ändern [30]. — Nur in dem einen Falle wird

30) Aus gleichen legislativen Gründen kommt Unterholzner a. a. O. auf ein ähnliches Resultat. Er meint, nach dem Gesetze werde die Verjährung erst durch Lit. Cont. unterbrochen; aber da bei unsrem gerichtlichen Verfahren der Kläger nicht mit Sicherheit berechnen könne, wie lange es bis zur Lit. Cont. anstehen werde: so müsse man der Einlassung auf die Klage eine rückwirkende Kraft beilegen, so daß, sobald es zur Einlassung komme, die Verjährung in dem Augenblicke, in welchem die Klage angebracht worden sey, für unterbrochen gelte. Von einer solchen Rückwirkung wissen aber unsre Quellen in der That

durch die blose Anstellung der Klage die Verjährung unterbrochen, wenn sie gegen einen Abwesenden oder einen nicht bevormundeten im Kindesalter befindlichen oder geisteskranken Gegner unter ausdrücklicher Anführung dieses Umstandes erhoben wird (cst. 2 de ann. exc.), und außerdem tritt nach Württ. Recht eine Unterbrechung der Verjährung in zwei Fällen schon durch Anbringen der Klage ein, nämlich bei der zweijährigen Verjährung des Rechts, auf Privatstrafe wegen Injurien zu klagen (ist der Thäter unbekannt: so wird sie schon durch die Anzeige der That bei dem Richter unterbrochen; (Ges. üb. d. privatr. Folg. d. Verbr. Art. 17), und bei der Verjährung eines Wechsels (Ges. v. 28. Aug. 1806).

2. Mit der Unterbrechung der Verjährung, also mit der Insinuation der Klage an den Beklagten, tritt nach gemeinem Recht sofort die s. g. Perpetuation der Klage ein d. h. wenn nun der Prozeß zu irgend einem Zeitpunkte liegen bleibt: so verjährt die Klage von da an erst in vierzig Jahren [30a]. Gleichgültig ist es, in welchem Stadium der Prozeß vor der Fällung des Urtheils (S. 50 Not. 47) liegen blieb; von der letzten gerichtlichen Handlung an (S. 36 Not. 40 und Linde am dort angef. O.), nach welcher der Prozeß ruhte, sey es vor oder nach der Lit. Cont., beginnt nun der Lauf der vierzigjährigen Verjährung [30b].

---

gar nichts und es gilt von dieser Ansicht noch mehr, was eben im Texte gesagt ist. Zögert der Richter mit der Ausfertigung seines Decrets ungebührlich: so wird er eben dem Kläger ersatzpflichtig, wie in anderen Fällen, in welchen er durch seine Schuld dem Kläger einen Schaden zuzieht, (auch ist hier nach Umständen Restitution möglich D. ex. quib. caus. maj. *l.* 26 pr. § 4). Reichte aber der Kläger eine ungeschickt abgefaßte Klage ein, die der Richter ihm zur Aenderung zurückstellt ohne sie dem Beklagten mitzutheilen, und lauft nun die Verjährung inzwischen ab: so ist dieß Schuld des Klägers, deren Folgen er, soweit er sich nicht an seinem Advocaten regressiren kann, zu tragen hat.

30 a) Oben S. 90—93. Offenbar unrichtig ist die Ansicht von Cujacius Obss. XVIII 29, welche auch Spätere annahmen z. B. Glück Pand. VI S. 193 Hofacker Princ. § 4333 Unterholzner Verjährungslehre I S. 447, daß bei den Klagen, welche einer kürzeren als dreißigjährigen Verjährungszeit unterworfen sind, die neue Verjährung schon in 30 Jahren ablaufe. S. dagegen Linde in der Gießner Zeitschr. II S. 168 f. Savigny V S. 323.

30 b) Perpetuation der Klagen sollte man dieß nicht nennen; denn die

Wenn also z. B. gleich nach der Insinuation der Klage der Prozeß liegen bleibt und es gar nicht zur Lit. Cont. kommt: so verjährt eben nach gemeinem Rechte die Klage in vierzig Jahren. Damit stimmen in der neueren Zeit die Meisten überein; nur ist freilich Asverus anderer Ansicht, indem er nach seiner Theorie über die blos hypothetische Wirkung der Denunciation und Convention annimmt, daß, wenn es nicht zur Lit. Cont. komme, nun die durch die Mittheilung der Klagschrift eingetretene Unterbrechung der Verjährung wieder ungültig werde. Allein eine solche hypothetische Wirkung der Convention ist, von Anderem abgesehen, mit der unbedingten Vorschrift der cst. 3 § 1 de ann. exc. unvereinbar.

Wichtiger ist für die Würtembergischen Juristen eine andere Ansicht, die in früherer Zeit viele Anhänger hatte (namentlich unter Anderen auch **Donellus Comment. de jur. civ. Lib. XVI** cp. 8 § 23) und auch noch von Schriftstellern aus unsrem Jahrhundert vertheidigt wird, z. B. von **Malblanc Princ. jur. Rom.** § 369 nr. **II** Glück Pandect. **IV** S. 205 und in neuester Zeit von Puchta (Pandect. 2. Ausg. § 96). Diese geht dahin: durch die Insinuation der Ladung werde zwar die Verjährung einer Klage unterbrochen; allein perpetuirt (d. h. einer verlängerten Verjährung, der 40jährigen unterworfen) werde die Klage erst, wenn es zur Lit. Cont. komme. Nach dieser Ansicht würde also, wenn der Prozeß nach Insinuation der Klage liegen bleibt, die unterbrochene Verjährung wieder von Neuem zu laufen anfangen und in der Zeit nun ablaufen, in welcher die Klage an sich verjährt, also z. B. bei einer Klage, die in einem Jahre verjährt, mit Ablauf eines Jahres von der Zeit an, in welcher der Prozeß liegen geblieben ist, vollendet seyn [31]; würde es aber noch vor Ablauf dieser Zeit zur

---

Klagen werden ja nicht perpetuirt, sondern einer neuen Verjährung (nur mit längerer Verjährungszeit) unterworfen. Die vortheodosische wahre Perpetuation der Klagen durch Lit. Cont. war etwas ganz Anderes (oben S. 90, 91). Nur einmal aber unpassend gebraucht hier Justinian den Ausdruck perpetuari (C. I 20 quand. lib. princ. c. I).

31) In dieser Beziehung faßte Linde in der Gießn. Zeitschr. II S. 178 diese Ansicht nicht richtig auf.

Lit. Cont. kommen: so würde nun die Klage perpetuirt, d. h. wenn nun der Prozeß liegen bliebe, sie erst von da an in vierzig Jahren verjähren. Daß diese Ansicht unrichtig ist, und sich nur auf eine irrige Auslegung der cst. 9 de praescr. 30 ann. stützt, welche man blos auf die Lit. Cont. bezog [32], ohne die cst. 3 de ann. exc. dazu zu halten, leidet wohl keinen Zweifel [32 a]. Allein in dem Württ. Landrecht ist gerade diese Ansicht angenommen. Das IIIte Landrecht I, 25 § 6 sagt nämlich: „und „hat die Kriegsbefestigung oder Litis Contestation mancherlei „Wirkungen; als sonderlich — — daß durch die Kriegsbefestigung die Klagen perpetuirt werden" (das Letztere stand in den früheren Landrechten nicht). Zwar könnte man auf den ersten Anblick glauben, daß der Verfasser dieser Stelle von der Ansicht ausgehe, auch die Unterbrechung der Klagenverjährung trete erst mit der Lit. Cont. ein, eine Ansicht, die freilich legislativ vollends gar zu mißbilligen wäre. Allein richtiger ist es gewiß, sich in diesem Falle an die Worte des Gesetzes zu halten, um so mehr, als die mit diesen Worten übereinstimmende Ansicht über das gemeine Recht in den Zeiten, aus welchen diese Stelle herrührt, manche Vertheidiger hatte. Das Gesetz macht nicht die Unterbrechung der Verjährung, sondern blos die Perpetuation der Klagen von der Lit. Cont. abhängig [33], und so müssen wir daher nach Württ. Rechte an-

---

32) Auf einen anderen Grund stützt sich Puchta a. a. O., nämlich auf D. XII, 2 de jurejur. *l.* 9 § 3 XXVII, 7 de fidej. et nom. *l.* 8 § 1, weil deren Aufnahme in Justinians Rechtssammlungen sich nur durch jene Unterscheidung erklären lasse. Allein auf diejenige Klagenperpetuation, von welcher jene Stellen sprechen, kann man sich nicht berufen, da sie ja schon durch Theodosius ganz abgeschafft wurde (S. 91), also im späteren Röm. Rechte gar nicht mehr bestand. Daß aber jene Stellen doch in die Pandecten aufgenommen wurden, erklärt sich aus den noch praktischen Grundsätzen, die sie außerdem enthalten.

32 a) S. auch Linde a. a. O. S. 171 f. Savigny V S. 323.

33) Dieß übersah Schütz Württ. Civilproz. S. 268, wenn er sagt: „nach einem Präjudiz des O.Tribunals v. 30. Mai 1828 wird durch das erste Decret auch die Klagenverjährung unterbrochen, obgleich diese Wirkung in dem Landr. I, 25 § 6 der Einlassung in den Rechtsstreit beigelegt ist". Das Landr. legt diese Wirkung keineswegs der Einlassung bei, und das Obertribunal hatte daher ganz richtig entschieden. Davon daß die Verjährung durch Insinuation

nehmen, daß zwar durch die Mittheilung der Klage die Verjährung unterbrochen wird, so daß die der Klage an sich ursprünglich zukommende Verjährung von Neuem wieder zu laufen beginnt, wenn von da an der Prozeß liegen bleibt, daß aber, wenn es vor ihrem Ablaufe noch zur Kriegsbefestigung kommt, die Klage, falls der Prozeß von Neuem liegen bleibt, nur einer vierzigjährigen Verjährung unterworfen ist [34]. Nur das Recht, auf Privatstrafe wegen Injurien zu klagen, macht insofern eine Ausnahme, als hier die Verlängerung der Verjährungszeit von einer Kriegsbefestigung nicht abhängig ist, dieselbe aber nicht auf vierzig sondern blos auf fünf Jahre sich erstreckt [34 a].

3. Ob eine Unterbrechung der Ersitzung des Eigenthums (der Justinianischen usucapio und longissimi temporis praescriptio) überhaupt durch die Einleitung des (von wahren Berechtigten erhobenen) Prozesses eintrete und, wenn Dieses zu bejahen ist, mit welchem Prozeßabschnitte sie eintrete, ist sehr bestritten.

Was das ältere Röm. Recht betrifft: so ist es anerkannt, daß die alte usucapio durch die Anstellung der Eigenthumsklage gegen den Besitzer der Sache und die darauf eingetretene Lit. Cont. nicht unterbrochen wurde, der Besitzer also während des Prozesses noch die Usucapion vollenden und das Eigenthum der Sache erwerben konnte, er aber doch verpflichtet war, die Sache, wenn er sie erst nach der Lit. Cont. usucapirte, dem Kläger herauszugeben, wenn dieser beweisen konnte, daß er zur Zeit der Lit.

---

der Klage unterbrochen werde, ging auch unsre Gesetzgebung im Jahr 1828 aus; s. mein Handbuch Bd. II § 59 a. E.

34) Die neueren Württ. Schriftsteller beachten diese Landrechtsstelle nicht immer gehörig. So sagt z. B. Reyscher Württ. Privatrecht § 160 bei Not. 8, die Klagenverjährung werde mit der Mittheilung der Klage unterbrochen und, wenn der Prozeß sofort liegen bleibe, werde von der letzten gerichtlichen Handlung an eine neue Frist von 40 Jahren erfordert. Er führt dabei aber lediglich zwei Stellen aus Justinians Codex an, ohne unsres Landrechts zu erwähnen (in der 2ten Ausg. § 148 fügt er noch eine Verweisung auf Schütz bei). — Die vorliegende Frage ist nach Württ. Recht auch noch für andere Verhältnisse wichtig; s. mein Handbuch a. a. O.

34 a) Gesetz über die privatrechtl. Folgen d. Verb. Art. 17 vrgl. mit Strafgesetzbuch Art. 131.

Cont. Eigenthümer der Sache war. Dieß erklärt sich aus anderen gegebenen Prämissen auf eine ganz natürliche Weise. Wie das ältere Röm. Recht über die Unterbrechung der erlöschenden Verjährung bei den actiones temporales nichts Besonderes festsetzte (S. 90), so ließ Dasselbe auch bei der erwerbenden Verjährung es in dieser Beziehung lediglich bei Dem, was streng aus anderweit gegebenen Prämissen folgte. Diese führten aber auf eine Unterbrechung der erwerbenden Verjährung nicht; denn die Letztere konnte durch das Princip, das allein hier hätte eingreifen können, durch das der prozeßualischen Consumtion, gar nicht ergriffen werden. Wird nämlich der Besitzer einer fremden Sache, welcher sie zu usucapiren begonnen hat, vom Eigenthümer auf Herausgabe der Sache belangt: so kann der Lauf seiner Usucapion durch die Lit. Cont. und die damit verbundene prozeßualische Consumtion nicht unterbrochen werden; denn Diese haben blos Einfluß auf das obligatorische Verhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten, also im eintretenden Falle auf die Verbindlichkeit des Besitzers, die Sache herauszugeben; auf seinen titulirten Besitz aber und dessen rechtliche Wirkungen als solche kann die Lit. Cont. und die prozeßualische Consumtion ihrer ganzen Natur nach (S. 5) gar keinen Einfluß haben; sie lassen das Verhältniß des Besitzers zur Sache ganz unberührt und ungeändert. Er konnte daher noch während des Prozesses die Usucapion vollenden und das Eigenthum der Sache erwerben. Allein durch die Anstellung der Kläge und die darauf gefolgte Lit. Cont. wurde sein persönliches Verhältniß zum Kläger geändert; er hat dadurch mit dem Kläger die bedingte obligatio condemnari oportere contrahirt, falls das Recht des Klägers sich wirklich begründet zeigen würde. Durch eine einseitige Thätigkeit von seiner Seite während des Prozesses konnte er dieser Obligation, wenn sie zur Zeit der Lit. Cont. begründet war, nicht entgehen; er konnte also auch durch die Fortsetzung des Besitzes und die Vollendung der Usucapion nach der Lit. Cont. keine Einrede mehr gegen diese Verbindlichkeit erwerben. Daraus folgte, daß der Beklagte seines persönlichen durch die Lit. Cont. begründeten Verhältnisses zum Kläger wegen, wenn er während des Prozesses die Sache usucapirte, doch Diesem obli=

girt blieb, die Sache herauszugeben; das arbitrium judicis ging daher in einem solchen Falle auf Herausgabe der Sache, und wenn der Beklagte nicht Folge leistete: so wurde er auf Zahlung der litis aestimatio verurtheilt. Hieraus erklären sich vollständig D. VI, 1 de rei vind. *l.* 18, 20, 21 XLI, 4 pro emtore *l.* 2 § 21 XLI, 5 pro herede *l.* 2 pr. und, da das Gleiche auch bei Verlust der Servituten durch Verjährung galt, die *l.* 8 § 4 VIII, 3 si serv. vind.

Anders war es bei der longi temporis praescriptio. So wenig der Beklagte bei der Usucapion nach der Lit. Cont. durch Fortsetzung seines Besitzes eine Einrede gegen die Verpflichtung auf Herausgabe der Sache erwerben konnte, so wenig konnte er die Einrede der longi temporis possessio (die praescriptio longi temporis) durch eine solche Fortsetzung des Besitzes gegen den Kläger erwerben. Ueberhaupt war die *l.* t. praescriptio Anfangs blos eine erlöschende Verjährung der Eigenthumsklage; die durch Lit. Cont. herbeigeführte prozeßualische Consumtion mußte daher hier dieselbe Wirkung auf die Verjährung der Klage des Berechtigten haben, wie auf die anderen actiones temporales; diese Verjährung konnte nicht weiter fortlaufen, sie wurde durch die Lit. Cont. unmöglich gemacht oder — wenn man so will — unterbrochen [35]. Als aber später die *l.* t. praescriptio in eine erwerbende Verjährung überging (noch vor Justinian, wie er wenigstens in cst. 8 de praescript. 30 ann. bezeugt), ließ man es doch bei jener Folge, indem in dieser späteren Zeit mehr das rechtspolizeiliche Prinzip, wie auch bei der Klagenverjährung, der Grundsatz, den Berechtigten zu schützen welcher sein Recht zu rechter Zeit gehörig wahrte, sich geltend machte [36].

---

35) Während es von der usucapio in den Quellen heißt: non interpellari usucapionem litis contestatione (*l.* 2 § 21 pro emtore), wird gerade das Gegentheil von der longi temporis praescriptio gesagt. Vrgl. namentlich C. II, 19 ubi in rem act. cst. 2 (tanquam lite ad interrumpendam *l.* t. praescriptionem contestata), VII, 33 de praescr. *l.* t. cst. 1. cst. 2 (verb. nec interruptam inquietudine litis), cst. 10 eod. III, 32 de rei vind. cst. 26 VII, 35 quib. non obj. cst. 4.

36) Die Frage ist freilich sehr bestritten. So behauptet z. B. auch wieder

Wie ist es nun aber unter Justinian, namentlich nachdem er in C. VII, 31 de usucap. transform. cst. un. (s. auch J. II, 6 de usucap. pr.) die usucapio und die *l.* t. praescriptio in ein Institut, in eine 3, 10 und 20jährige Ersitzung [37] umgewandelt und dadurch eigentlich größtentheils nur die Consequenzen ausgesprochen hatte, welche sich aus Dem ergaben, was die Zeit vor ihm und er selbst theils an jenen Instituten unmittelbar theils an verwandten Instituten geändert hatte? Diejenigen, welche annehmen, bei der *l.* t. praescriptio habe gegolten was bei der usucapio galt, nehmen in Beziehung auf die vorliegende Frage natürlich nun auch das Gleiche bei der Justinianischen Usucapion (Not. 37) an, wie z. B. v. Buchholz; Diejenigen, welche einen Unterschied zwischen usucapio und *l.* t. praescriptio in Beziehung auf die vorliegende Frage annehmen, sind über Das, was hierin bei der Justinianischen Usucapion gelten müsse, verschiedener Ansicht, je nachdem sie die cst. un. cit. auslegen d. h. je nachdem sie davon ausgehen, daß bei dem combinirten Institute die alten Usucapionsgrundsätze die Grundlage bilden (wie z. B. v. Vangerow Pandect. § 316, 323) oder daß, was freilich eine durchaus unbegründbare Meinung ist, auch noch nach der cst. un. eine usucapio von einer von ihr verschiedenen longi temporis praescriptio zu unterscheiden sey.

Die Natur einer Ersitzung des Eigenthums ist an sich durchaus nicht entgegen, die Ersitzung dadurch unterbrechen zu lassen, daß der Eigenthümer durch Einleitung des Prozesses sein

---

v. Buchholz Versuche S. 132—139, daß bei der praescr. *l.* t. Dasselbe gegolten habe, was bei der usucapio; Andere dagegen z. B. v. Vangerow Mühlenbruch und wie es scheint auch Savigny V § 242 Not. *l.* sind wenigstens im Resultate der hier vertheidigten Ansicht. Bei der entgegengesetzten Meinung müßte sich doch wohl, wenn sie richtig seyn sollte, eine bestimmte Rechtsänderung nachweisen lassen, indem, solange die praescriptio *l.* t. blos eine erlöschende Verjährung war, bei ihr nicht gegolten haben konnte, was bei der usucapio galt. Allein ein solcher Nachweis kann nicht gegeben werden.

37) Man kann sie im Gegensatze zur praescriptio longissimi temporis die Justinianische Usucapion nennen, und er selbst bezeichnet sie so, wenn er in J. *l.* c. sagt, er habe verordnet, daß res mobiles per triennium, immobiles per longi temporis praescriptionem, inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis, usucapiantur.

Recht gegen den Besitzer wahrt (nur das Princip der alten prozeßualischen Consumtion führte nicht auf eine solche Folge); vielmehr rechtfertigt sich Dieß durchaus aus politischen Gründen, und diese Gründe waren es auch, die im späteren Röm. Rechte nicht blos bei der erlöschenden sondern auch bei der erwerbenden Verjährung sich geltend machten (S. 91, 101). Daß dieß das Röm. Recht bei einer Art der Letzteren, bei der praescriptio longissimi temporis, anerkannte, ist ganz unzweifelhaft. Es soll nämlich nach einer Verordnung Justinians (cst. 8 de praescr. 30 ann.), wer eine fremde Sache 30, in manchen Fällen 40 Jahre lang ungestört besitzt und daher durch erlöschende Verjährung gegen die Klage des Eigenthümers geschützt seyn würde, durch diesen Besitz, wenn er ihn nur in gutem Glauben begonnen hatte, das Eigenthum der Sache erwerben. Justinian verwandelte hier die erlöschende Klagenverjährung in eine erwerbende Verjährung des Eigenthums, so daß die Letztere, abgesehen von dem Erforderniße des guten Glaubens, in Beziehung auf ihren Eintritt durchaus unter den Grundsätzen steht, welche bei der erlöschenden Klagenverjährung galten. Deßhalb gelten bei dieser Ersitzung durchaus dieselben Zeiträume, wie bei der erlöschenden Klagenverjährung; sie wird ausgeschlossen oder sistirt in denselben Fällen, wie die erlöschende Verjährung, und deßhalb muß auch in den Fällen, in welchen die erlöschende Klagenverjährung unterbrochen wird, auch diese erwerbende Verjährung unterbrochen werden, also durch die Mittheilung der vom Kläger eingereichten Klagschrift an den Beklagten [38]. Wie ist es aber bei der Justinianischen Usucapion, der 3, 10 und 20jährigen Ersitzung zu halten? Daß Justinian auch hier von einer wahren Unterbrechung derselben durch die Prozeßeinleitung ausgeht, beweist wohl durchaus die cst. 2 VII, 40 de ann. exc. Diese handelt unter Anderem von dem Falle, wenn der Gegner abwesend ist und ihm die Klagschrift nicht mitgetheilt werden kann. Hier soll durch Einreichung der Klagschrift gegen den Abwesenden als Solchen der Lauf jeder Verjährung unter-

38) Vrgl. auch Fritz in der Gießner Zeitschr. III S. 440, 441, v. Vangerow Pandect. § 325 Nr. 4.

brochen werden, sowohl der erwerbenden Verjährung als der erlöschenden Klagenverjährung, und damit man hierüber nicht im Zweifel seyn möge, sagt Justinian ausdrücklich: et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit. Es kann deßhalb hiernach nur noch die Frage seyn, durch welchen Prozeßabschnitt gegen einen Anwesenden der Lauf der Ersitzung unterbrochen wird. Beachtet man nun, daß Justinian davon ausgeht und sagt, durch die conventio d. h. die Mittheilung der Klagschrift an den Beklagten trete eine wahre Unterbrechung der „temporum curricula“, eine „interruptio temporis“, eine Unterbrechung der „legitimae praescriptiones vel exceptiones, sive quae super decennio vel viginti vel triginta vel quadraginta annis introductae sunt“ ein (C. *l.* c. cst. 1 pr., cst. 2, cst. 3 pr.), und daß er alle diese Ausdrücke nicht blos von der erlöschenden Klagenverjährung, sondern auch von der Ersitzung gebraucht [39]: so kommen wir auf das Resultat, daß nach Justinianischem und heutigem Rechte auch bei der erwerbenden Verjährung jeder Art in Beziehung auf ihre Unterbrechung derselbe Grundsatz gilt, wie bei der erlöschenden Klagenverjährung, d. h. die Ersitzung wird unterbrochen dadurch, daß die vom wahren Eigenthümer gegen den Besitzer eingereichte Klage dem Letzteren durch das Gericht mitgetheilt wird [40].

---

39) So in der cst. 1 de ann. exc. (vom Jahre 530) von der longi temp. praescr., in der cst. 2 eod. (vom Jahre 531) von seiner combinirten Usucapion und in der cst. un. de usucap. transform., welche diese Usucapion festsetzte, gebraucht er für die Ersitzung die Ausdrücke: exceptiones 10 vel 20 vel 30 ann. und 10 vel 20 vel 30 annorum et aliarum exceptionum tempora.

40) Bleibt der Prozeß nach dieser Unterbrechung zu irgend einer Zeit vor Fällung des Urtheils liegen: so beginnt dann (sofern der Besitzer nicht inzwischen in bösen Glauben kam) eine 40jährige Ersitzung zu laufen, nach deren Ablauf der Besitzer Eigenthümer wird (und natürlich nicht, wie in dem S. 100 ausgeführten Falle, persönlich verpflichtet ist, die Sache doch herauszugeben). Nach Württ. Recht aber ist ein vierzigjähriger Besitz hier nur dann nöthig, wenn der Prozeß nach der Lit. Cont. liegen blieb. Wenn Puchta Pandect. 3. Ausg. § 160 a. E. in Beziehung auf die Ansicht, nach welcher die Ersitzung durch

4. Bekanntlich darf eine Sache, wegen welcher mit dem Besitzer ein Rechtsstreit über das Eigenthum begonnen hat (res litigiosa), während des Prozesses nicht veräußert werden. Der Zeitpunkt, in welchem die Litigiosität der Sache in der genannten Beziehung beginnt, ist, wie Justinian ausdrücklich entscheidet, der der Insinuation der Klage, die Ladung (Nov. CXII, c. 1). Nach früherem Röm. Rechte war es die Litis Contestation (D. XLIV, 6 de litigios. *l.* 1 § 1).

5. Wer von einem Anderen die Herausgabe einer Sache anzusprechen befugt ist, kann, wenn er ihn deßhalb belangt, je-

---

Citation des Beklagten unterbrochen werden soll, von einer Vermischung von Klagenverjährung und Ersitzung spricht: so ist dagegen zu bemerken, daß in dieser Hinsicht die Vermischung von Justinian herrührt, wie gerade die im Texte angeführten Stellen klar beweisen dürften. — Mit dem im Texte ausgeführten Resultate ist hier auch Sintenis, zwar nicht nach Römischem aber doch nach Canonischem und heutigem Rechte, einverstanden, allein aus einem Grunde, der an sich unrichtig ist und auf weitergehende unrichtige Folgen führen würde. Er sagt nämlich (Civilr. I § 51 Not. 12; vrgl. auch Dessen Erläutt. I S. 162 f.), nach der Theorie des Canonischen und heutigen Rechts seyen wir einer Entscheidung des Streites über das Röm. Recht dadurch überhoben, daß die mala fides superveniens ein Grund zu Unterbrechung der Ersitzung sey und dieser namentlich wenigstens dann eintrete, wenn dem Besitzer die Klage gerichtlich mitgetheilt werde. Auch manche Aeltere argumentirten aus diesem Grunde und auf gleiche Weise nun auch wieder Heffter Civilproz. 2. Ausg. § 346. Diese Begründung der Sache wäre von Anderem abgesehen auch deßhalb von Wichtigkeit, weil aus ihr, wenn sie richtig wäre, folgen würde, daß der Beklagte wenn später der Prozeß liegen bleibt eine neue Ersitzung nicht mehr beginnen könne. Allein sie stützt sich auf die entschieden irrige Voraussetzung, als ob durch die Mittheilung einer begründeten Klage wirklich mala fides entstehe (s. unt. S. 106—108). Im Grunde gibt auch Sintenis gleich nachher zu, daß eine solche nicht dadurch begründet wird; dann ist aber nicht einzusehen wie durch eine fides, die in der That keine mala ist, die Ersitzung soll unterbrochen werden können. Allerdings kann dieser Unterbrechungsgrund durch die Mittheilung der Klage eintreten, aber nur, wenn dadurch der Besitzer wirklich die Ueberzeugung bekommt, daß ihm die Sache nicht gehöre; er kann aber auch ebensogut früher vor dem Prozesse oder später während des Prozesses oder auch gar nicht vor dem Urtheile eintreten, so daß es ganz unzulässig ist, wegen der blosen Möglichkeit des Eintritts desselben die Unterbrechung der Verjährung allgemein an die Mittheilung der Klage zu knüpfen.

denfalls [41] vom Streitanfange an in der Regel auch Das verlangen, was noch zur Sache als causa hinzukommt, jeden Zuwachs zur Sache, namentlich auch die Früchte Derselben. Häufig wird Dieß in den Quellen so ausgedrückt: er könne Alles verlangen, was er gehabt haben würde, wenn ihm gleich beim Streitanfange die Sache herausgegeben worden wäre [42]. Dieß ist aber blos eine ungefähre allgemeine Bezeichnung, welche nicht durchaus wörtlich zu nehmen ist, indem jener Grundsatz mancherlei Modificationen erleidet, wie schon aus dem Folgenden sich ergeben wird. Auch ist wohl zu beachten, daß unter der Verpflichtung zur Herausgabe der causa rei nicht auch die Verbindlichkeit enthalten ist, vertretbare Sachen, die man herauszugeben schuldig ist, zu verzinsen (H. II S. 54).

Mit jenem Grundsatze hängt zusammen, daß bei Klagen, welche gegen einen Besitzer als Solchen gehen, namentlich bei der Eigenthums- und Erbschaftsklage, den redlichen Besitzer vom Streitanfange an gleiche Verpflichtungen treffen, wie den unredlichen vom Anfange seines unredlichen Besitzes an (vrgl. unt. bei Not. 93). Gewöhnlich drückt man Dieß so aus: der redliche Besitzer werde durch den Streitanfang in bösen Glauben versetzt, und auch die Quellen sagen im Allgemeinen, er sey von da an als unredlicher Besitzer zu behandeln. Allein auch Dieses darf man nicht buchstäblich nehmen, indem es sonst zu ganz falschen praktischen Resultaten führen würde. Der redliche Besitzer wird allerdings vom Streitanfange an einem unredlichen Besitzer gleichgesetzt, aber nur in Beziehung auf die Verpflichtungen, welche ein unredlicher Besitzer vor dem Prozeßanfange hat [43], nicht welche Derselbe nach dem Prozeß-

41) Denn der Zeitpunkt kann auch ein früherer seyn, z. B. der unredliche Besitzer muß alle Früchte herausgeben, die er vom Anfange seines unredlichen Besitzes an zog, oder durch gehörigen Fleiß hätte ziehen können: ebenso muß er von da an durchaus für Dolus und Culpa wegen der Sache haften (Not. 93). Vrgl. auch in Beziehung auf andere Rechtsverhältnisse z. B. XXII, 1 de usur. *l.* 38 § 1, 2 XII, 6 de cond. ind. *l.* 15 pr. und oben H. II S. 54 f.

42) D. V, 3 de H.P. *l.* 40. VI, 1 de R.V. *l.* 20. XXII, 1 de usur. *l.* 2. *l.* 3 § 1. *l.* 19. XII, 1 de reb. cred. *l.* 31 pr. XXI, 1 de aedil. edict. *l.* 25 § 8. XXX de legat. I, *l.* 91 § 7. X, 4 ad exhib. *l* 9 § 5—8.

43) Daraus erklärt sich auch die Art und Weise, wie die Röm. Quellen die

anfange hat (s. unt. Nr. 6). Dieß erklärt sich auf eine sehr natürliche Weise. Mit dem Streitanfange nämlich soll auch der redliche Besitzer denken, es wäre doch möglich, daß er nicht der wahre Berechtigte sey und daß die Entscheidung gegen ihn ausfallen könnte. Deßhalb soll er während des Prozesses den Streitgegenstand in jeder Beziehung in Acht nehmen, sich keine willkührliche Verfügung über ihn erlauben und sich darauf gefaßt machen, daß seine Nichtberechtigung und seine Verpflichtung zur Herausgabe der Sache ausgesprochen werde. Daraus folgt, daß er von der Einleitung des Prozesses an, falls sich wirklich später der Anspruch des Klägers begründet erfindet, a. für absichtliche und fahrlässige Verschlechterung und Vernichtung der Sache und ebenso für absichtliche Entäußerung oder fahrlässigen Verlust ihres Besitzes einstehen muß [44]; b. daß er von da an durch Verzehren von Früchten, die er aus der Sache zog, sich von deren Herausgabe nicht befreien kann, sondern den Werth der nach der Einleitung des Prozesses verzehrten Früchte dem siegenden Kläger erstatten muß [45], und daß er c. auch alle von da an erst gezogene Früchte herauszugeben [46] und sogar auch für die von da an vernachläßigten zu haften hat, sofern er als sorgsamer Mann sie hätte ziehen können [47].

---

Sache im Allgemeinen bezeichnen; sie beschränken aber dabei ihren allgemeinen Satz auf die im Texte angegebene Weise. Vrgl. z. B. D. V, 3 de H.P. *l.* 25 § 7 VI, 1 de R.V. *l.* 45 mit D. de H.P. *l.* 40 pr. Sie fingiren also gleichsam eine mala fides, aber nur in Beziehung auf die unten (a—c) ausgeführten speziellen Folgen.

44) D. de R.V. *l.* 45, 33, 36 § 1 *l.* 68 de H.P. *l.* 40 pr. *l.* 25 § 7 *l.* 31 § 3 ad exhib. *l.* 12 § 4. Wie weit bei solchen Obligationen, bei welchen nicht der Besitzer als Solcher zu haften hat, der Beklagte für Vernachläßigungen oder Verderben der Sache einstehen muß, dieß hängt theils von dem Grade der Fahrläßigkeit ab, den er bei der betreffenden Obligation an sich prästiren muß, theils davon, ob er im Verzuge ist. Vrgl. auch D. XVI, 3 depos. *l.* 1 § 20, 21. *l.* 14 § 1.

45) J. IV, 7 de offic. jud. § 2 C. III, 32 de R.V. cst. 22.

46) S. die Stellen der Not. 45, ferner D. XXII, 1 de usur. *l.* 2 XXI, 1 de aedil. edict. *l.* 25 § 8.

47) J. de offic. jud. § 2 a. E. C. VII, 51 de fruct. et lit. expens. cst. 2, und Erörtt. Heft I S. 70 f.

Aber in anderen Beziehungen wird durch die Einleitung des Prozesses der redliche Besitzer dem unredlichen keineswegs gleichgestellt, weil ja in Wahrheit durch jene Einleitung keineswegs nothwendig ein böser Glaube bei ihm begründet wird; denn der böse Glaube ist das Bewußtseyn des Widerstreits meines factischen Zustandes mit fremdem Rechte, welches in mir durch das Belangtwerden mit einer begründeten Klage wohl hervorgerufen werden kann, aber nicht nothwendig hervorgerufen wird. Was also blos Folge eines wirklich vorhandenen bösen Glaubens ist, kann nicht sofort und unbedingt mit der Einleitung des Prozesses eintreten, eben weil diese einen solchen Glauben im Beklagten nicht nothwendig erzeugt, sondern tritt nur mit dem wirklichen factischen Daseyn jenes Glaubens ein. Deßhalb haftet der redliche Besitzer auch nicht von der Einleitung des Prozesses an für den zufälligen Untergang oder Verlust der Sache [48], wogegen in der Regel der wirklich unredliche Besitzer dafür haftet [49], und aus dem gleichen Grunde kann man bei der Verjährung nicht, wie es Manche thun, mit der Einleitung des Prozesses unbedingt die Folgen einer mala fides superveniens eintreten lassen [50].

Was nun die nähere Bestimmung des Prozeßabschnittes betrifft, mit welchem die eben erörterten Folgen eintreten: so sind die Ansichten hierüber sehr verschieden. Die meisten Stellen des Röm. Rechts sprechen so, als ob die unter Nr. 5 ausgeführten Verpflichtungen erst mit der Lit. Cont. eintreten (vrgl. Not. 42, ferner cst. 22 in Not. 45 cit.), und deßhalb wollen Viele auch

48) Denn dieses Haften ist eine Folge des Streitanfanges nur dann, wenn der Besitzer wirklich in bösem Glauben war; vrgl. unten bei Not. 94 und D. de R.V. *l.* 16 pr. *l.* 27 § 1 *l.* 21. V, 3 de H.P. *l.* 40 pr. *l.* 23 und Not. 77 Mühlenbruch Pandectenr. § 269 Not. 20 Göschen Vorlesf. § 165 Nr. 2 und Glück Pandect. Comm. Bd. VIII S. 235 f. Etwas Anderes ist es natürlich, wenn der Besitzer durch das Bekanntwerden mit dem klägerischen Anspruche wirklich in bösen Glauben kommt *l.* 25 § 5 de H.P.; vrgl. auch D. X, 4 ad exhib. *l.* 7 § 5 *l.* 12 § 4 und Glück a. a. O. Bd. XI S. 227 f.

49) S. unten Not. 94.

50) Vrgl. Not. 40 und mein Handbuch Bd. II S. 129. Es kommt hier ganz auf das factische Verhältniß an, wie es wirklich besteht, ob der Beklagte das Bewußtseyn fremden Rechtes erhielt oder nicht.

bei uns von dem Zeitpunkte unsrer Einlassung oder Lit. Cont. die Sache abhängig machen. Allerdings ist hier diese Frage eine sehr zweifelhafte. Allgemeine Gründe sprechen gewiß dafür, jene Wirkungen schon mit der Mittheilung der Klage an den Beklagten eintreten zu lassen, weil er von da an weiß, daß wegen der Sache eine gerichtliche Anforderung gegen ihn vorliegt, und eigentlich dieses Bewußtseyn allein der Grund der genannten Wirkungen ist. So argumentirten wirklich auch die Röm. Juristen bei der Erbschaftsklage; sie dehnen ein Senatusconsult, welches bei der Erbschaftsklage jene Wirkungen zunächst an die Lit. Cont. knüpfte, dahin aus, daß man es auch auf den Zeitpunkt, in welchem der Beklagte mit der Klage bekannt gemacht wurde (post motam controversiam), beziehen müsse, und zwar aus dem Grunde: coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur. Freilich war dieser Grund von den Röm. Juristen nicht recht ausgedrückt; denn das Bewußtseyn, rem ad se non pertinentem zu besitzen, bekommt der Besitzer nicht nothwendig durch die Mittheilung der Klage, sondern nur das Bewußtseyn, eine Sache zu besitzen, an die ein Anderer Ansprüche erhebt. Aber gerade dieses Bewußtseyn kann allein der wahre innere Grund der angeführten Wirkungen seyn, und dieser Grund beschränkt sich nicht blos auf die Erbschaftsklage, sondern gilt auch für andere Klagen, welche gegen einen Besitzer auf Herausgabe einer Sache gehen, wie die rei vindicatio und die ad exhibendum actio. Indessen ist es freilich auffallend, daß bei anderen Klagen diese Ausdehnung nicht ausgesprochen und daß selbst noch in einigen Coderstellen die Lit. Cont. als der hier maaßgebende Zeitpunkt bei der Eigenthumsklage bezeichnet zu werden scheint (cst. 22 de rei vind. und cst. 2 de fruct. et lit. expens.; oben Not. 45, 47). Allein die eine dieser Coderstellen, die cst. 2 cit., spricht blos von res in judicium deducta, was in der Zeit, aus welcher diese Stelle ist, wohl schon die Mittheilung der Klage bedeuten kann, und darauf deutet auch hin, daß es hier heißt: ex quo re in judicium deducta **scientiam malae possessionis accepit**. Die andere frühere Stelle spricht allerdings von der lis contestata; allein der Zweifel, den sie begründen könnte, dürfte sich dadurch heben, daß gerade

in Beziehung auf die spezielle Frage, von der sie handelt, Justinian in J. II, 17 de off. jud. § 2 auch bei der Eigenthumsklage dieselbe Wirkung eintreten läßt post inchoatam petitionem, was in dem Justinianischen Sprachgebrauche und gerade in der Verbindung, in welcher Dieß Justinian sagt (er bemerkt, es gelte hier das Gleiche bei der Eigenthums- und bei der Erbschaftsklage), nichts Anderes heißen kann, als nachdem die Klage dem Beklagten mitgetheilt ist. Auch liegt für dieses Resultat noch ein Argument in der Nov. 112 cap. 1. So werden wir daher für das heutige Recht annehmen müssen, daß jene Wirkungen mit der Insinuation des ersten die Klagschrift dem Beklagten zur Beantwortung mittheilenden richterlichen Decrets eintreten.

6. Der Streitanfang hat auch für den unredlichen Besitzer eine Erhöhung seiner Verpflichtungen zur Folge. Er haftet von da an für den zufälligen Untergang der Sache und für die nach den Verhältnissen des Eigenthümers ziehbaren Früchte. Das Nähere hierüber ist unten am Ende des IV. Abschn. nach Not. 89 ausgeführt.

B. Folgen der Litis Contestation, welche sich noch im Justinianischen Recht erhalten hatten und auch bei uns Folgen der bei uns sogenannten Litis Contestation, der Einlassung auf die Klage sind [51].

1. Rechte, welche mit einer s.g. actio vindictam spirans verfolgbar und daher an sich nicht vererblich sind, gehen auf die Erben über, wenn der Erblasser sie zum Prozesse gebracht hat und erst nach der Lit. Cont. starb [52]. Dieß war im älteren Röm. Recht eine natürliche Folge anderweiter Principien. An sich waren solche Rechte eigentlich nicht in bonis des Berechtig-

---

51) In Beziehung auf das Folgende bemerke ich im Allgemeinen hinsichtlich des Württ. Rechts, daß mit der S. 87 ausgef. Beschränkung nach dem Württ. Landrechte I, 25 § 6 es gar keinen Zweifel haben kann, daß dasselbe durchaus davon ausgeht, die Wirkungen, welche die Lit. Cont. im Justinianischen Rechte habe, habe durchaus auch die Kriegsbefestigung oder Lit. Cont. in unserem Rechte. Vrgl. auch oben S. 88.

52) D. XLVII, 10 de injur. *l.* 13 *l.* 28 II, 11 si quis caut. *l.* 10 § 2 J. IV, 12 de perpet. act. § 1.

ten, nicht eigentlicher Theil seines Vermögens. Allein durch die Lit. Cont. wurde nach der Natur, welche sie im älteren Röm. Rechte hatte, gleichsam wie durch einen Contract eine neue Obligation zwischen den Parthieen auf den Grund der alten gegründet und Diese war nun wie eine Contractsobligation auf beiden Seiten vererblich [53]. Obgleich diese Natur der Lit. Cont. im späteren Röm. Rechte sich änderte oder vielmehr ganz verschwand: so behielt man doch die angeführte Folge noch bei, weil es immerhin den Verhältnissen nicht unangemessen schien, ein solches einmal zum festen Streitobjecte gewordenes Rechtsverhältniß als reines Vermögensrecht zu behandeln. Weiter aber ging das Röm. Recht nicht, d. h. es knüpfte die Vererblichkeit auch in den späteren Zeiten nicht an einen früheren Prozeßabschnitt, und so muß sie auch bei uns in diesen Fällen nach dem oben Ausgeführten an unsre Lit. Cont. geknüpft werden. Zwar will sie Sintenis Erläutt. I S. 146 bei uns an den Moment des Anbringens der Klage knüpfen; allein die allgemeinen Gründe, aus denen er hier argumentirt, dürften durch Das widerlegt seyn, was oben S. 85 f. ausgeführt wurde. Wenn Einige das Gleiche unter Berufung auf die K.G.O. von 1555 Th. II Tit. 9 § 6 behaupten (z. B. Thibaut Pandect. § 70 verglichen mit seinen Dictaten bei Froben I S. 78): so ist dage-

53) Not. 52 und oben S. 3, 4. Das Gleiche galt bei den (bei uns unpraktischen) Röm. Popularklagen. Diese sind natürlich an sich in Niemandes Vermögen; dadurch aber, daß Jemand ex populo wirklich klagt und mit dem Beklagten litem contestirt, geht nun das Recht auf die Leistung in sein Vermögen über und er überträgt es daher auf seine Erben; D. L, 16 de V.S. *l.* 12 pr. XXXV, 2 ad *l.* Falcid. *l.* 32 pr. — In eine ähnliche Kategorie, wie die actiones vindictam spirantes, gehört auch die querela inofficiosi testamenti; allein sie ist gerade in Beziehung auf ihre Transmission auf die Erben von den anderen actiones vindict. spir. wesentlich verschieden. Das Röm. Recht geht bei ihr davon aus: an sich gebühre sie den Erben des Berechtigten nicht, wenn er nicht selbst zu seinen Lebzeiten noch über die ihm widerfahrene Unbill seine Empfindlichkeit und seinen Entschluß, sie nicht ruhen zu lassen, geäußert habe. Diese Klage geht daher auf die Erben schon dann über, wenn nur der Erblasser den Entschluß, von ihr Gebrauch zu machen, bestimmt erklärt hatte. D. V, 2 de inoff. test. *l.* 6 § 2 *l.* 7 *l.* 15 § 1 C. III, 28 eod. tit. cst. 5.

gen zu bemerken, daß Diese gar nicht vom Uebergange der Klagen auf die Erben des Klägers spricht (s. unten Nr. 2 a. E.).

2. Klagen aus unerlaubten Handlungen können gegen die Erben Dessen, der die Handlung beging, theils gar nicht, theils nur beschränkt angestellt werden; Ersteres ist der Fall bei den Klagen auf Privatstrafen, Letzteres bei den sachverfolgenden. Allein fortgeführt können sie gegen die Erben auf ihren vollen Betrag werden, wenn der Berechtigte sie gegen den Erblasser angestellt und es mit ihm bis zur Litis Contestation gebracht hatte [54]. Auch hierüber ist aber wieder viel Streit. Viele behaupten, daß Privatstrafen schon dann, wenn die Klage gegen den Erblasser nur bei Gericht angebracht worden sey, unbedingt auf die Erben des Thäters übergehen wegen D. XLIV, 7 de oblig. et act. *l.* 33: „Constitutionibus, quibus ostenditur, heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo". Allein diese Stelle, welche von Paulus herrührt, kann unmöglich diesen Sinn haben; denn andere Stellen in den Pandecten und darunter selbst solche, die ebenfalls aus Paulus sind (z. B. *l.* 8 *l.* 87 und 164 Not. 54 citt.), sagen ganz entschieden, daß jene Wirkung erst mit der Litis Contestation eintrete; und was das geltende Recht betrifft: so wird noch ausdrücklich im Codex und von Justinian in den Institutionen (s. Not. 54) jene Wirkung mit dürren Worten an die Lit. Cont. gebunden. Dieß geben auch die meisten Neueren zu; sie verstehen daher, wie auch schon manche Aeltere, die *l.* 33 cit. von einem Falle, in welchem die Lit. Cont. ungebührlich vom Beklagten hinausgezogen wurde [55]. Allein diese Auslegung ist doch bedenklich; denn die *l.* 33 enthält nicht die geringste Hindeutung auf eine solche Voraussetzung. Vielmehr wird man die Stelle entweder auf öffentliche Geldstrafen

---

54) D. L, 17 de reg. jur. *l.* 164 *l.* 87 *l.* 139 pr. XXVII, 7 de fidej. et nom. *l.* 8 § 1 C. IV, 17 de delict. defunct. cst. un. J. IV, 12 de perpet. act. § 1.

55) So z. B. Glück Pandect VI S. 196 und die dort Angeff. v. Vangerow Pandect. I S. 167 v. Savigny System V S. 47 Not. g.

bei criminibus extraordinariis zu beziehen haben [56] oder, wenn sie von Privatstrafen handelt, die Worte „si vivus conventus fuerat" ganz in dem Sinne, welchen bei Privatklagen das conveniri gewöhnlich in den Pandecten hat, nehmen d. h. von der geschehenen Litis Contestation (S. 66) verstehen müssen, so daß die Worte „quasi lite contestata cum mortuo" blos in diesem Sinne das conveniri näher erklären, die Stelle also einfach sagt: die Klage auf Privatstrafen geht gegen die Erben des Thäters, wenn Dieser noch bei Lebzeiten belangt, das heißt mit ihm lis contestirt wurde. Das quasi dürfte gegen diese Auslegung keine Schwierigkeit darbieten, da es in den Pandecten öfters in dem Sinne von scilicet oder ideo quod vorkommt [56 a]. Jedenfalls kann die Stelle in Betreff des praktischen Resultates keine Schwierigkeit machen, da Codex und Institutionen aufs Bestimmteste den Uebergang der Klagen von der Lit. Cont. abhängig machen.

Andere behaupten dagegen, der Uebergang der Delictsklagen auf die Erben knüpfe sich wenigstens nach Deutschem Rechte an einen früheren Moment, und berufen sich dabei auf die K.G.O. v. 1555 Th. II Tit. 9 § 6, aber — was auffallend ist — in sehr verschiedener Weise. Nach Einigen soll diese Stelle den Grundsatz aussprechen, daß die Strafklagen und die sachverfol-

56) Dieser Ansicht sind schon einige Aeltere, welche Glück VI S. 198 in d. Note anführt. Wenn Glück mit Kleinschrod gegen diese Auslegung die *l.* 20 de accus. anführt, nach welcher öffentliche Geldstrafen blos dann auf die Erben des Verbrechers übergehen sollen, wenn Dieser bei Lebzeiten verurtheilt worden: so übersahen Kleinschrod und Glück, daß die *l.* 20 Dieses blos für ordinaria crimina ausspricht, und gerade für andere öffentliche Verbrechen, also für die extraord. crimina („ex caeteris delictis" was sich nicht, wie Kleinschrod und Glück glauben, auf Privatdelicte beziehen kann, wie schon die Worte accusatio mota beweisen; s. auch Marezoll Ueber die bürgerl. Ehre ꝛc. S. 47) den Uebergang der Strafe blos von der accusatio mota abhängig macht. Die Worte lite contestata in *l.* 33 würden auch keine Schwierigkeit machen, da litem contestari auch bei accusationes gebraucht wird, wie schon die *l.* 20 cit. beweist.

56 a) Dirksen Manuale voc. quasi. Auf diese Weise wird die Stelle schon von der Glosse und später besonders von Giphanius Lectur. Altorphinae etc. ad *l.* 33 cit. p. 604 sq. ausgelegt.

genden Klagen aus unerlaubten Handlungen gegen die Erben des Thäters gehen, sobald die Ladung noch gegen den Thäter selbst geschehen ist, z. B. Francke Beiträge S. 43; Andere dagegen behaupten Dieß blos von den Strafklagen, z. B. Heffter Civilproz. 2. Ausg. § 346, Andere nicht von den Strafklagen, sondern blos von den sachverfolgenden Klagen, z. B. v. Vangerow Pandect. § 145 a. E. Allein abgesehen davon, daß die angeführte Stelle der K.G.O. nicht von der Mittheilung der Klage, sondern schon von der blosen Anstellung derselben spricht, also der Satz nach ihr sogar erweitert werden müßte [57]: so beweist doch in der That jene Stelle nicht Das, wofür sie angeführt wird. Denn sie spricht nicht entfernt einen allgemeinen Grundsatz aus, sondern bestimmt nur, daß bei Landfriedensbruchssachen, bei denen ohnehin manches Besondere galt, wenn sie vor dem Kammergerichte anhängig gemacht worden seyen, die Verpflichtung zum Ersatze und zur Privatstrafe auf die Erben übergehen solle. Dieses kann man aber auf andere Fälle nach anerkannten Auslegungsregeln nicht wohl ausdehnen.

3. Wer sein Recht als Kläger zum Prozesse gebracht hat, kann dasselbe und die damit verbundene Klage während des Prozesses nicht veräußern. Diese Unveräußerlichkeit des Rechts (actio litigiosa) tritt mit der Litis Contestation ein. Legislativ läßt sich dieses Verbot gewiß nicht billigen; allein wenn es einmal verhängt wird: so ist die Lit. Cont. der angemessenste und natürlichste Zeitpunkt, mit dem es eintreten müßte, weil früher das Recht des Klägers noch nicht eigentlich im Streite liegt. Auch sagt Dieß ausdrücklich C. VIII, 37 de lit. cont. cst. 2 und 4. Dennoch ist auch hier die Frage bestritten, indem Manche wegen Nov. CXII c. 1 die Litigiosität der Klage schon mit ihrer Insinuation an den Beklagten beginnen lassen wollen. Allein diese Novelle spricht gar nicht von diesem Falle, sondern von der S. 105 angeführten Litigiosität der

57) So nimmt es auch mit Recht Sintenis Erläutt. I S. 149 und Civilr. I S. 332. Nur geht er darin zu weit, daß er nun daraus den allgemeinen Satz herleitet, daß die K.G.O. den Uebergang der Klagen auf die Erben des Beklagten durch Einreichung der Klagschrift außer Zweifel setze.

im Streite befindlichen Sache und der dem Beklagten untersagten Veräußerung Derselben [58]. Indessen beruft sich doch wieder Sintenis Erläutt. I S. 178 für die Behauptung, daß die Litigiosität der Klagen mit der Insination der Klage eintrete, auf jene Novelle, weil darin „ein bestimmter Zeitpunkt aufgestellt „werde, von welchem an der Begriff der Litigiosität der Sache „mit seinen Folgen eintreten soll". Dieß ist es aber eben; die Nov. CXII handelt blos von der Litigiosität der Sache d. h. derjenigen Sache, die der Beklagte besitzt, und von der für den Beklagten hieraus sich ergebenden Beschränkung, aber nicht handelt sie von der Litigiosität der Klage und von der daraus für den Kläger sich ergebenden Beschränkung, und unmöglich kann man Das, was Justinian von dem einen Falle festsetzt, auf den anderen davon wesentlich verschiedenen ausdehnen.

4. Wer bei dinglichen Klagen, welche gegen den Besitzer einer Sache als Solchen gehen, sich für den Besitzer der betreffenden Sache ausgibt, während er sie nicht besitzt, ist nach der Litis Contestation als fingirter Besitzer zu behandeln und wenn die Klage an sich begründet ist auf den Werth der Sache zu verurtheilen (unten Not. 84).

5. Die Litis Contestation hat auf das Wahlrecht bei Rechtsverhältnissen in einigen Fällen Einfluß. Es ist aber hierbei zu unterscheiden:

a. Kommt dem Berechtigten ein Wahlrecht ausnahmsweise bei einer alternativen Obligation oder kommt ihm ein Wahlrecht zwischen zwei verschiedenen entgegengesetzten und einander ausschließenden Rechten zu: so entsteht die doppelte Frage: wann bindet ihn die getroffene und ausgesprochene Wahl (hat er ein Variationsrecht und wie lange hat er es) und wann muß er sich über die Wahl erklären? — Ueber das Variationsrecht entscheidet im Zweifel die Litis Contestation. Ist nämlich der Ausübung des Wahlrechts kein früherer Zeitpunkt gesetzt [58a] oder sind

58) Mühlenbruch Cession S. 386 und auch schon Lauterbach Coll. Pand. XLIV, 6 § 4. Nur herrschte bei den älteren Praktikern der Irrthum, als ob wenigstens bei Realklagen die Litigiosität der Klage schon mit der Ladung beginne s. Lauterbach *l.* c.

58 a) Ist nämlich ein solcher Termin festgesetzt: so kann natürlich der Berech-

bei der Verabredung nicht solche Worte gebraucht, aus denen sich ergibt, daß er die einmal, wenn auch außergerichtlich, getroffene Wahl nicht soll ändern können [59] oder hat er sich nicht mit dem Schuldner über den einen Gegenstand vereinbart: so kann er jedenfalls nach der Lit. Cont. seine getroffene Wahl nicht mehr ändern [60]. Hat deßhalb bei einer alternativen Obligation der Gläubiger auf den einen Gegenstand geklagt: so kann er statt dessen, ehe es zur Lit. Cont. kommt, im Zweifel die Klage auf den anderen Gegenstand richten. Ebenso wenn der Käufer wegen Mängel der Sache redhibitorisch auf Aufhebung des Kaufs geklagt hat, so kann er jedenfalls noch vor der Lit. Cont. die Klage ändern und quanto minoris auf Verringerung der Gegenleistung klagen [61]. Natürlich da, wo es in der Natur des eingegangenen Geschäfts schon liegt, daß dem Berechtigten zwei Rechte alternativ so zukommen sollen, daß er sofort eine bestimmte Erklärung

---

tigte seine im Termine erklärte Wahl nach Ablauf des Termins nicht mehr ändern. Wählt er nicht im Termine: so geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, außer es wäre verabredet, daß wenn er den Termin verstreichen lasse, er gar nichts solle fordern dürfen.

59) Vrgl. D. XLV, 1 de V. O. *l.* 112 pr.

60) *l.* 112 cit. Vrgl. auch v. Vangerow Pandect. § 160 Nr. 10 § 569 Anm. 1 Nr. I, 1. Mühlenbruch Pandect. § 144 Not. 17 (womit aber nicht ganz vereinbar scheint, was Derselbe § 325 sagt). Auch gehören die Stellen, welche Vangerow § 160 Nro. 10 und Mühlenbruch anführen, zum Theile nicht hierher, wie z. B. die *l.* 33 D. XXX de legat. I (diese spricht von einem Falle der Prävention bei zwei Berechtigten) und die *l.* 57 § 1 D. XLVI, 3 de solut., denn diese spricht von der prozeßualischen Consumtion bei einer activen Correalobligation (oben S. 27 Note). — Bei Vermächtnissen kann überhaupt die einmal erklärte Wahl nicht wieder geändert werden D. XXXIII, 5 de opt. leg. *l.* 20 XXX de legat. I. *l.* 84 § 9.

61) Anderer Meinung scheint v. Savigny V S. 257 zu seyn. Allein die *l.* 18 pr. *l.* 19 § 6 XXI, 1 de aedil. edict. und die *l.* 25 § 1 XLIV, 2 de exc. rei jud. sagen nicht, daß vor der Lit. Cont. die Aenderung der Wahl ausgeschlossen sey, vielmehr liegt gerade in der *l.* 25 § 1 das Gegentheil. Es möchte sich sogar noch fragen, ob nicht gerade in Fällen, wie bei der actio redh. und quanto minoris auch nach der Lit. Cont. ein Fallenlassen der einen Klage (S. 52) und ein Zurückgreifen auf die andere bei uns zulässig ist. Im class. Röm. Recht war dieß deßhalb unzulässig, weil durch die Lit. Cont. über die eine Klage die andere consumirt wurde (*l.* 25 § 1 cit.), dieses Consumtionsprincip gilt aber bei uns nicht mehr.

über die getroffene Wahl aussprechen muß, liegt auch darin, daß er die einmal gegen den Verpflichteten ausgesprochene Erklärung nicht mehr ändern kann. Dieß ist z. B. der Fall bei der lex commissoria; es muß hier der Berechtigte sich bestimmt erklären, von welchem Rechte er Gebrauch machen wolle; hat er diese Erklärung einmal gegen den Gegner ausgesprochen: so kann er sie nachher nicht mehr ändern (D. XVIII, 3 de l. commissor. *l.* 4 § 2). Hieraus folgt, daß, wenn er dieß durch Anstellung einer Klage erklärt, er nach Mittheilung der Klagschrift an den Beklagten seine Entscheidung nicht mehr ändern kann[62]; ja in manchen Fällen schließt schon die an das Gericht gebrachte Wahl, also die Anstellung der Klage, ein Variationsrecht aus[63].

Die Frage, wann spätestens der Berechtigte sich über seine Wahl erklären muß, beantwortet sich theilweise schon aus dem Gesagten (Not. 58 a, 62, 63). Wie ist es aber bei alternativen Obligationen, wenn ihm zur Wahl kein Termin gesetzt ist? Nach dem älteren Röm. Recht mußte er sich jedenfalls bei der Lit. Cont. bindend erklären, und dieß wird auch wohl allgemein für das neueste Röm. und für unser Recht behauptet. Allein es möchte doch sehr zu bezweifeln seyn, ob das Letztere richtig ist. Vielmehr wird nach den oben H. II S. 26 f. ausgeführten Grundsätzen der Gläubiger, wenn er es vorzieht, bei uns auf Anerkennung der alternativen Obligation als Solcher und seines Wahlrechts klagen können, ohne erst eine bestimmte Wahl auszusprechen, und, wenn der Richter den Schuldner verurtheilt hat, den einen oder den andern Gegenstand nach der Wahl des Klägers zu leisten, erst beim Verlangen der Execution zu wählen haben.

b. Der Schuldner verliehrt das bei einer alternativen Obligation ihm im Zweifel zukommende Wahlrecht durch Einleitung des Prozesses nicht, selbst nicht durch die Lit. Cont., sollte er auch wirklich im Verzuge seyn[64]; auch kann

---

62) Hieraus ist zu erklären *l.* 7 de l. commissor. Ebenso entscheidet auch das Württ. Landr. II, 10 § 3.

63) Z. B. C. VI, 36 de codic. cst. ult.

64) Anders ist es natürlich in Fällen, wie Der, von welchem die *l.* 9 de verb. obl. handelt. — Es wird zwar häufig behauptet, daß bei alternativen Obli-

er im Zweifel die getroffene Wahl bis zur wirklichen Zahlung

---

gationen das Wahlrecht des Schuldners durch den Verzug des Letzteren erlösche und auf den Gläubiger übergehe; so z. B. von Zimmern im Arch. f. Civ. Proz. I. S. 326 f. und auch noch von Reyscher W. Privatr. § 402 Not. 7. Allein keine Stelle sagt Etwas der Art. Vrgl. auch v. Madai Lehre von der Mora S. 396 f. v. Vangerow Pand. § 569 Anm. 1 Nro. I. 4. Von den beiden Stellen, welche Reyscher anführt, handelt die eine (*l.* 57 pr. de solut.) gar nicht von einer alternativen Obligation (s. auch oben S. 26 Not 32 a. E.), und eben so wenig sagt die andere Stelle (*l.* 2 § 3 de eo quod certo loco), daß durch Verzug des Schuldners auf den Gläubiger die Wahl übergehe. Daß auch durch Lit. Cont, mag ein Verzug vorangegangen seyn oder nicht, die Wahl auf den Gläubiger nicht übergehe, beweist schon J IV, 6 de act. § 33, vielmehr kann der Schuldner während des Prozesses sich durch die Leistung des einen oder des andern Gegenstandes nach seiner Wahl liberiren. Vrgl. auch Donellus Comment. in Dig. de Verb. Oblig. ad leg. 106 nr. 8—10 Hert Commentatt. et Opusc. Vol. I Tom. III p. 355. Selbst wenn es zur Verurtheilung kommt, verliehrt der Schuldner nach dem heutigen Recht die Wahl noch nicht, sondern er ist alternativ zu verurtheilen (H. II S. 26 f.) und ihm ein Termin zur Wahl zu geben; erst, wenn er diesen verstreichen läßt, hat der Gläubiger zu wählen. Auch in dem Falle, in welchem nach Röm. Recht durch Lit. Cont. die Wahl auf den Gläubiger mittelbar überging, nämlich in dem Falle der *l.* 2 § 3 a. E. D. XIII, 4 de eo quod certo loco (wenn rerum alternatio locorum alternationi mixta est d. h. der Schuldner verspricht, entweder am Orte a eine gewisse Leistung oder am Orte b eine andre Leistung zu machen), und in welchem allgemein angenommen wird, daß hier auch bei uns noch der Schuldner durch die Lit. Cont. die Wahl verliehre, ist dieß bei uns aus den H. II S. 20 f. 26 f. verglichen mit S. 122 Not. 119 entwickelten Gründen nicht mehr der Fall; denn bei uns hat der Richter zu erkennen, daß der Schuldner entweder an dem einen Orte diese oder an dem anderen Orte jene Sache leisten soll, und es geht dann in Beziehung auf seine Wahl auf die vorhin bemerkte Weise. — Donellus l. c. meint, zwar nicht bei einer obligatio alternativa, aber doch bei einer facultas alternativa (vrgl. mein Handb. B. II § 33) verliehre der Schuldner durch die Lit. Cont. sein Wahlrecht; allein die *l.* 84 de verb. oblig., auf die er sich beruft, handelt gar nicht von einem solchen Falle und ist überhaupt aus ganz anderen Grundsätzen zu erklären (oben S. 40, 41). Ueberdieß übersah Donellus ganz die *l.* 6 § 1 XLII, 1 de re jud. *l.* 20 § 5 V, 3 de H. P., Stellen, aus welchen hervorgeht, daß schon nach Röm. Recht der Schuldner, wenn er bei einer facultas altern. auf den Werth der eigentlich schuldigen Leistung sogar verurtheilt war, der Zahlung desselben doch entgehen konnte, wenn er noch die in der facultas liegende Leistung (welche nicht in obligatione sondern nur in solutione ist) nachhohlte. So ist es auch bei uns, nur daß bei uns nicht in den Werth der eigentlich schuldigen Leistung sondern in sie selbst condemnirt wird (H. II S. 26 f.). Das Urtheil muß daher dem Schuldner die facultas

ändern[65]; er verliert sein Wahlrecht in der Regel nur durch Erfüllung der einen Leistung oder wenn er sich durch eine bestimmte Vereinbarung mit dem Gläubiger gebunden hat oder ihm ein bestimmter Termin zur Wahl gesetzt ist und er diesen verstreichen läßt, in welchem letzteren Falle dann im Zweifel das Wahlrecht auf den Gläubiger übergeht[65a]. Dagegen verfällt eine Conventionalstrafe, welche bei positiven Leistungen statt der Hauptleistung für den Fall der Nichtleistung derselben versprochen wurde, wenn keine bestimmte Zeit für die Leistung festgesetzt war[66], zwar nicht schon unbedingt mit dem Verzuge des Schuldners, aber doch jedenfalls mit der Litis Contestation, d. h. der Schuldner kann die Leistung noch bis zur Lit. Cont. nachhohlen, außer der Gläubiger hätte nach eingetretenem Verzuge des Schuldners ein besonderes Interesse, die Strafe statt der Leistung zu fordern[66a].

6. Für den Verzug des Schuldners ist die Litis Contestation nicht maaßgebend. War der Schuldner nicht im Verzuge: so kommt er nun weder durch die Mittheilung der Klage noch durch die Lit. Cont. in den Verzug, außer er hätte gar keine plausible Gründe, die Sache auf den Prozeß ankommen zu lassen[67], in welchem Falle aber nicht erst die Lit. Cont., sondern schon die Mittheilung der Klage ihn nach gemeinem Recht in Verzug setzt. Hier weicht aber auf eine eigene Weise das Württ. Recht von

---

altern. frei lassen; läßt er es aber zur Klage auf Execution kommen und hohlt er die in der facult. altern. liegende Leistung nicht vor seiner Erklärung auf diese Klage nach: so hat er das Recht, sich durch die Letztere zu befreien, verlohren. S. *l.* 20 § 5 *l.* 6 § 1 cit. auch X. III, 17 de emt. cap. 6.

65) D. XLV, 1 de V. O. *l.* 138 § 1 *l.* 106 Büchel Erläutt. zu Wening H. III S. 11 v. Vangerow Pand. § 569 Anm. 1 Nr. I, 2. Anders ist es bei Vermächtnissen D. XXX de legat. I *l.* 84 § 9 XXXI de legat. II *l.* 19.

65 a) D. de legat. II *l.* 11 § 1.

66) Ist ein bestimmter Termin gesetzt: so verfällt die Strafe sogleich mit dem Ablauf desselben (C. VIII, 38 de contr. stip. cst. 12); ebenso verfällt sie, wenn eine Unterlassung unter einer Conv.-Strafe versprochen ist, sofort, sobald das Gegentheil geschieht.

66 a) D. XXXIII, 9 de penu *l.* 1 IV, 8 de recept. *l.* 21 § 12 *l.* 22.

67) Erörtt. H. II S. 54. Deßhalb tritt auch die Verbindlichkeit zu Verzugszinsen nicht unbedingt mit der Prozeßeinleitung ein (s. oben S. 24 Not. 30 a. E.). Auch die Möglichkeit, einen Verzug wieder gut zu machen, wird durch die Lit. Cont. nicht unbedingt ausgeschlossen; s. oben S. 40, 41 und Not. 64.

dem gemeinen ab. Hatte nämlich der Schuldner keine plausible Gründe, es auf den Prozeß ankommen zu lassen: so kommt er nach Württ. Recht, wenn er früher noch nicht gemahnt oder nicht aus anderen Gründen, z. B. wegen des abgelaufenen Erfüllungstages, in Verzug gesetzt war, bei einer eigentlich gerichtlichen Mahnung d. h. einer vor dem competenten Gerichte förmlich angebrachten Klage nicht schon durch die Mittheilung der Klage, sondern erst durch die Litis Contestation in Verzug. Landr. II, 1 § 12 a. E.

## IV.

## Welcher Prozeßabschnitt entscheidet über die Begründung und Statthaftigkeit einer Klage.

Es kann der Fall seyn, daß Jemand eine Klage erhebt, welche zwar zur Zeit ihrer Anstellung nicht begründet war, aber durch spätere erst während des Prozesses eintretende Ereignisse begründet wird, oder daß er eine an sich ganz begründete Klage erhebt, durch spätere während des Prozesses eingetretene Ereignisse aber das Recht, das er durch die Klage verfolgt, ganz erlischt. Hier entsteht die Frage, welcher Zeitpunkt des Prozesses über die Begründung und Statthaftigkeit der Klage entscheide, ob also solche spätere Ereignisse im ersteren Falle zu Gunsten des Klägers, im letzteren zu seinem Nachtheile vom Richter im Urtheile zu beachten sind.

Gewöhnlich wird diese Frage wohl zu allgemein beantwortet. So sagt z. B. Rudorff Grundriß z. Vorles. üb. d. gemeine Civilr. 2. Ausg. 1843 S. 92, über das Recht des Klägers entscheide der Zeitpunct der Litis Contestation sowohl bei Klagen in rem, als bei Klagen in personam; wenn jedoch der Kläger vor der Verurtheilung befriedigt werde: so werde der Beklagte absolvirt. Gleiches behauptet Puchta Pandect. 3. Ausg. S. 138. Beschränkter drückt sich v. Vangerow Pandect. § 160 Nr. 4 aus; nach ihm soll über die Frage, ob eine Klage begründet sey, bei actiones bonae fidei der Moment des Urtheils, bei actiones stricti juris aber und bei dinglichen Klagen der Moment der

Litis Contestation entscheiden. Aber auch Dieses ist noch zu allgemein[67 a]. Was nämlich

I. den Fall betrifft, wenn das Recht des Klägers an sich zur Zeit der Litis Contestation nicht begründet war, aber er es noch während des Prozesses aus einem Fundamente, auf welches er schon seine Klage gegründet hatte, erwirbt: so mußte

1. bei persönlichen Klagen, welche bonae fidei waren, nach dem Grundsatze, der überhaupt bei der Beurtheilung dieser Klagen galt (H. II S. 47), auch das später eingetretene Ereigniß vom urtheilenden Richter beachtet, somit das Recht des Klägers anerkannt und der Beklagte verurtheilt werden (**D. XVII**, 1 mand. *l.* 17). Bei actiones stricti juris dagegen wurde Alles streng nach der Zeit der Litis Contestation beurtheilt und somit eine spätere Erwerbung des Rechts nicht beachtet und der Beklagte in einem solchen Falle absolvirt[67 b]. Da nun bei uns blos die Grundsätze der bonae fidei actiones gelten: so erhalten wir dadurch für persönliche Klagen den Grundsatz, daß über die Begründung der persönlichen Klagen nicht mehr der Zeitpunkt der Litis Contestation entscheidet, sondern der Kläger auch die während des Prozesses eingetretene Verwirklichung seines Rechts so lange geltend machen kann, als überhaupt noch die Beibringung von Beweisen nach prozeßualischen Grundsätzen zuläßig ist.

2. Bei dinglichen Klagen spricht allerdings Vieles dafür, daß im älteren Römischen Rechte ihre Begründung blos nach dem Zeitpunkte der Litis Contestation beurtheilt wurde[68].

---

67 a) An einer späteren Stelle (Pand. § 332 Anm. 2) gibt Vangerow zu, daß auch bei dinglichen Klagen nach Canonischem Rechte der Satz zu modificiren sey.

67 b) Vrgl. H. II S. 46, 47 S. 56 Not. 25 und Keller Lit. Cont. S. 185 f.

68) Vrgl. Voet Comment. ad Pand. VI, 1 § 4 Glück Pand. Bd. VIII S. 148 f. Nur ist es nicht genügend, wenn man sich hiefür gewöhnlich auf D. V, 1 de judic. *l.* 23 (mit anderen Beweisgründen, oder sogar wie Mühlenbruch Pand. § 269 Not. 4 und Vangerow Pandect. § 332 Anm. 2 allein) beruft. Denn diese Stelle ist zu unbestimmt, und spricht gar nicht besonders von dinglichen Klagen; wollte man sie aber in ganz allgemeinem Sinne nehmen und in Folge dessen auch auf dingliche Klagen anwenden: so würde dieß zu unauflöslichen Widersprüchen, namentlich mit *l.* 17 mandat. cit. führen.

Hiernach mußte z. B. ein Kläger, welcher eine Sache vindicirte, aber zur Zeit der Litis Contestation noch nicht Eigenthümer war, abgewiesen werden, sollte er auch das Eigenthum nach der Litis Contestation erwerben; nur konnte er wegen des neu eingetretenen Erwerbgrundes eine neue Klage anstellen [69]. Allein dieß galt nur nach älterem Römischem Recht und änderte sich jedenfalls — was von unsren Schriftstellern gar nicht beachtet zu werden scheint — im Justinianischen Recht. Nach diesem nämlich kann es keinen Zweifel leiden, daß bei dinglichen Klagen der Kläger, wenn er im Laufe des Prozesses das in Anspruch genommene Recht erwirbt, auf diese Erwerbung hin den Prozeß fortsetzen konnte und der Beklagte zu verurtheilen war. Denn Justinian gestattet ja dem Kläger im Laufe des Prozesses sogar eine Aenderung des Klaglibells, wenn sie auch den Klaggrund betrifft, und wenn daher z. B. Jemand eine Sache vindicirt, weil er sie durch Tradition erworben habe, und er findet im Laufe des Prozesses, daß er damit nicht durchdringen kann, es tritt aber für ihn inzwischen ein anderer Erwerbungsgrund der Sache ein: so kann er nun nach Justinianischem Recht in diesem Prozesse seinen Klaglibell ändern und auf den neu eingetretenen Grund hin die Verurtheilung des Beklagten erwirken [70]. Eine solche Klagänderung ist nun zwar in unsrem heutigen Prozesse nach der Litis Contestation nicht mehr zuläßig (S. 54 Not. a. E.). Dagegen kann es bei uns keinen Zweifel haben, daß eine erst während des Prozesses eingetretene Rechtserwerbung auch bei dinglichen Klagen vom Richter zu beachten ist, wenn dadurch nicht der ursprüngliche Klaggrund geändert wird. Denn das Canonische Recht [71] bestimmt, daß, wenn gerade derjenige Erwerbungsgrund, auf welchen die dingliche Klage gestützt wird und welcher zur Zeit der Litis Contestation nicht begründet war, durch ein späteres Ereigniß begründet wurde [72], oder wenn der

---

69) D. XLIV, 2 d. except. rei jud. *l.* 11 § 4. 5.

70) J. IV, 6 d. act. § 35. Vrgl. auch Schrader in seiner Institut. Ausgabe zum § 35 cit.

71) In VI^to II, 14 de sent. cap. 3.

72) Diesen Fall übergehen mit Unrecht gewöhnlich Diejenigen, welche hier im Uebrigen das Canon. Recht beachten (z. B. Glück Pand. VIII S. 150

Kläger ohne Bezeichnung eines bestimmten Erwerbungsgrundes klagte und im Laufe des Prozesses das Recht aus irgend einem Grunde erwarb, somit eine Aenderung des ursprünglichen Klaggrundes nicht eintritt, nun nicht der Zeitpunkt der Litis Contestation festzuhalten, sondern der Beklagte zu verurtheilen ist.

Hieraus ergibt sich also für das bei uns geltende Recht der allgemeine Grundsatz, den auch unsre älteren tüchtigen praktischen Schriftsteller stets annahmen [72a], daß es in Beziehung auf die unter I aufgeworfene Frage nicht mehr auf die Zeit der Litis Contestation ankommt, vielmehr der Beklagte zu verurtheilen ist, wenn nur das Recht noch während des Prozesses vom Kläger erworben wird. Nur treten hier zwei Beschränkungen ein:

a. Der Kläger darf nach dem jetzigen Rechte nach der Litis Contestation seinen Klaggrund nicht ändern; es muß also, wenn er in demselben Prozesse die neu eingetretene Rechtserwerbung geltend machen will, diese Erwerbung gerade auf den Grund sich stützen, aus welchem er seine Klage erhob. Z. B. wenn ich eine Sache unter einer auflösenden Bedingung veräusserte und sie vom dritten Besitzer vindicire, weil ich glaubte, die Bedingung sey eingetreten, ich irrte mich aber hierin, die Bedingung tritt jedoch während des Prozesses nach der Litis Contestation ein: so kann ich, weil von einer Aenderung des Klaggrundes hier nicht die Rede ist, den Prozeß fortsetzen und der Beklagte ist zu verur-

---

v. Vangerow Pand. § 332 Anm. 2), indem sie blos den gleich folgenden anführen. Allein cap. 3 cit. sagt ausdrücklich: secus est (d. h. die spätere Erwerbung ist nicht zu beachten), si certam et specialem (causam) in sua petitione subjunxerit, nisi postmodum intentionem suam ex eadem prorsus, quam prius expressit, tunc etiam competenti causa fundarit.

72a) Franzke Var. resolutt. VI, 1 Nr. 13. Lauterbach Coll. Pand. VI, 1 Nr. 8 Stryck Us. mod. VI, 1 § 11 und die dort Angeff., auch Gluck Pand. Bd. VIII S. 149 f. Wenn Mühlenbruch Pandectenr. § 269 in Not. 4 sagt, daß die Streitfrage, ob es genüge, wenn der Kläger erst während des Prozesses das Eigenthum erwirbt, nach dem Röm. Rechte, mit welchem auch die heutige Praxis übereinstimme, zu verneinen sey: so ist das über die Praxis Gesagte wohl sehr zu bezweifeln (sobald nur die Sache auf die im Texte bemerkte Weise näher bestimmt wird), und das über das Röm. Recht Gesagte nach dem Justinianischen Rechte unrichtig.

theilen; nur muß der Kläger in einem solchen Falle dem Beklagten die Prozeßkosten insoweit ersetzen, als sie durch die vor dem Eintritt der wirklichen Erwerbung geführten Verhandlungen vergeblich aufgewendet waren.

b. Die Rechtserwerbung darf nicht erst nach Ablauf des Beweistermins eingetreten seyn; tritt sie erst nach diesem ein: so kann der Kläger in diesem Prozesse (soweit er nicht etwa in einer Apellationsinstanz noch nova beibringen darf) sein Recht nicht mehr beweisen; er muß daher die angestellte Klage fallen oder sich abweisen lassen und auf den neu eingetretenen Erwerbungsgrund hin eine neue Klage anstellen[73].

II. Das Recht des Klägers war zur Zeit der Litis Contestation begründet, erlischt aber durch später eingetretene Ereignisse. Ist hier der Beklagte nun doch ohne Rücksicht auf die später eingetretene Erlöschung des Rechts des Klägers zu verurtheilen? Auch hier ist zu unterscheiden.

1. Bei persönlichen Klagen, welche stricti juris waren, wird die Frage wohl allgemein von unsren Schriftstellern bejaht. Allerdings wurde von einem Theile der älteren Röm. Juristen, den Proculeanern, so entschieden; denn diese gingen ja sogar so weit, nicht einmal in dem Falle den Beklagten zu absolviren, wenn er während des Prozesses bei einer solchen Klage freiwillig den Gegenstand seiner Verbindlichkeit zahlte, quia judicii accipiendi tempore in ea causa erat, ut damnari debeat. Andere Röm. Juristen aber verwarfen wenigstens für den letzteren Fall eine solche Strenge und erklärten sich in demselben für Absolution des Schuldners und diese Ansicht wurde die geltende (oben S. 25, 26). Ob sie aber nicht noch weiter gingen und auch andere während des Prozesses eingetretene Erlöschungsgründe beachteten, dieß ist nicht unwahrscheinlich, aber doch die Ausdehnung, in der es geschehen seyn mochte, zweifelhaft[74]. Indessen ist diese Untersuchung für unser heutiges Recht ohne weiteres Interesse, da bei bonae fidei actionibus

---

73) Stryck l. c. Glück a. a. O. S. 151.

74) S. z. B. D. XIII, 1 d. condict. furt. *l.* 14 pr. ferner XLII, 1 de re jud. *l.* 8 XVI, 3 dep. *l.* 12 § 3 (vrgl. *l.* 14 § 1 eod.).

der Richter jedenfalls auch später eingetretene Befreiungsgründe beachten mußte und dieß also bei uns bei allen Klagen gilt.

2. Was die dinglichen Klagen betrifft: so wird von Vielen[75] behauptet, daß hier ohne alle Rücksicht auf spätere Ereignisse der Beklagte zu verurtheilen sey, wenn nur zur Zeit der Litis Contestation das Recht des Klägers begründet war[75a]. Allein dieß sagen die Römischen Quellen nicht. Vielmehr muß man das Gegentheil als Regel annehmen, und diese Regel leidet nur da und in soweit eine Ausnahme, als eine besondere persönliche Verpflichtung des Beklagten gegenüber vom Kläger die eingetretene Erlöschung des dinglichen Rechts des Klägers aus besonderen Gründen unwirksam macht. Man kann nämlich aus den Stellen, auf welche die Dissentienten ihre Behauptung stützen[76], nur folgende Sätze herleiten: dem Kläger soll es gegenüber vom Beklagten nicht schaden, vielmehr ist Dieser zu verurtheilen, wenn dem Kläger sein Recht nach der Litis Contestation verlohren geht entweder a. durch eine unbefugte Handlung des Beklagten (z. B. dolose oder culpose Vernichtung der Sache) oder b. überhaupt durch ein Ereigniß, für welches der Beklagte zu haften hat (z. B. zufälliger Untergang der Sache beim unredlichen Besitzer), oder c. durch eine erst während des Prozesses eingetretene Usucapion. Diese Entscheidung stützt sich auf ganz natürliche Gründe. In den beiden ersteren Fällen (a und b) sind diese ganz unläugbar. Aber auch die Stellen über die Usucapion (c), auf welche die Andersmeinenden ihre Behauptung, daß bei dinglichen Klagen ein später eingetretener Verlust des Rechts den Beklagten nicht gegen Verurtheilung schütze, hauptsächlich und zum Theile allein gründen, machen keine Schwierigkeit. Denn auch hier erklärt sich, wie schon S. 99 f. gezeigt wurde, die Sache auf ganz natürliche Weise durch die in Folge der Litis Cont. begründete persönliche Ver-

---

75) Z. B. Vangerow und Rudorff an den S. 120 angeff. Orten, ferner Keller Litis Contestation S. 173.

75 a) Natürlich aber, da die dinglichen Klagen arbitrariae actt. sind (H. II S. 17), den Fall ausgenommen, wenn der Beklagte freiwillig erfüllte.

76) Nämlich D. VI, 1 de R. V. *l.* 18—21 XXXIX, 3 de aqua *l.* 4 § 1 *l.* 16 XLI, 4 pro emt. *l.* 2 § 21 VIII, 5 si serv. vind. *l.* 8 § 4 VII, 2 de usufruct. accresc. *l.* 10. Ueber die letztere Stelle s. Keller a. a. O. S. 177.

pflichtung des Beklagten, der er sich nicht einseitig durch Vollendung einer Usucapion entziehen konnte, so daß also auch hieraus der allgemeine in seiner Allgemeinheit unnatürliche Grundsatz der Dissentienten sich nicht herleiten läßt. Wäre überhaupt ein solcher Grundsatz begründet, so würde der redliche Besitzer durch den nach der Lit. Cont. erfolgten zufälligen Untergang der geforderten Sache nicht befreit, sondern müßte, obwohl das Recht des Klägers erloschen ist, doch (in den Werth) verurtheilt werden. Allein die R. Quellen sagen bestimmt, daß hier durch die nach der Lit. Cont. eingetretene Erlöschung des Rechts des Klägers der Beklagte befreit werde [77]. Sollte aber auch je noch ein Zweifel in der Sache seyn können: so müßte er jedenfalls bei uns, wenn das H. II S. 112 f. Ausgeführte richtig ist, verschwinden, da nach unsrem Rechte die Grundsätze der b. f. actiones auch hier anzuwenden sind [78].

So ergibt sich daher auch bei den dinglichen Klagen wie bei den persönlichen der Grundsatz, daß wenn das Recht des Klägers zur Zeit der Litis Contestation zwar begründet war aber aus irgend einem Grunde, sofern nur nicht der Grund ein solcher ist für den der Beklagte persönlich einzustehen hat [79], nach der Litis Contestation während des Prozesses verlohren geht, der Beklagte freizusprechen und der Kläger abzuweisen ist. Dafür sind auch beinahe durchaus die älteren, besonders die praktischen Schriftsteller [80].

III. Handelt es sich nicht von der Frage der Existenz des eingeklagten Rechts an sich, sondern blos von factischen

---

77) D. VI, 1 de R. V. *l.* 16 pr. V, 3 de H. P. *l.* 40 pr. Allerdings scheinen auch hier, wie in dem S. 25 erwähnten Falle, die Proculejaner anderer Ansicht gewesen zu seyn (*l.* 40 cit.); allein daß die entgegengesetzte Ansicht die Oberhand gewann, beweisen schon die angeff. Stellen.

78) Bei der hereditatis petit. konnte nach Justinianischem Recht auch kein Zweifel darüber seyn wegen des H. II S. 108 Not. 107 Bemerkten.

79) Oben S. 125 Lit. a u. b. Die unter Lit. c angef. Ausnahme fällt schon nach dem Justinianischen Recht weg, da nach demselben eine Usucapion während des Prozesses nicht mehr vollendet werden kann. S. 104 bei und in Not. 40.

80) Vrgl. z. B. Lauterbach Coll. Pand. VI, 1 nr. 8. Voet Comm. in Pand. VI, 1 nr. 4 Glück Pand. B. VIII S. 151.

Voraussetzungen seiner Verfolgbarkeit gegen den bestimmten Beklagten: so gilt

A. als Regel, daß hier die Zeit der Urtheilsfällung entscheidet[81]. Sind sie daher zu dieser Zeit vorhanden: so ist der Beklagte, wenn das Recht des Klägers an sich begründet ist, zu verurtheilen; wenn sie aber zu dieser Zeit nicht mehr vorhanden sind: so ist er zu absolviren[82]. Namentlich ist diese Frage wichtig bei allen Klagen, welche auf Herausgabe einer Sache gegen den Besitzer derselben als Solchen gehen, welche also gegen eine bestimmte Person zunächst lediglich durch deren Besitz bestimmt werden, wie z. B. bei dinglichen Klagen und der actio ad exhibendum. Besitzt der Beklagte zwar nicht zur Zeit der Lit. Cont., aber doch zur Zeit der Urtheilsfällung: so genügt es; besitzt er nicht zur Zeit des Urtheils: so ist er zu absolviren[83] (sollte er auch zur Zeit der Lit. Cont. besessen haben), sofern nicht ein besonderer obligatorischer Grund ihn zum Ersatze des Werths des Streitgegenstandes verbindlich macht. Solche obligatorische Gründe sind

1. Täuschung des Klägers. Wer sich wider besseres Wissen für den Besitzer der Sache ausgibt, dadurch den Kläger täuscht und es bis zur Litis Contestation kommen läßt, muß dem

---

81) Vrgl. auch über diese Regel Keller Litis Contestation S. 190 f.

82) Ebenso entscheidet bei der actio de peculio über den Grad des materiellen Erfolgs der Klage die Zeit der Verurtheilung d. h. es kommt auf den Bestand des Peculiums an, wie er zu dieser Zeit ist. D. XV, 1 de pecul. *l.* 30 pr. XLII, 4 quib. ex caus. *l.* 7 § 15.

83) D. VI, 1 de R. V. *l.* 27 § 1 (über diese Stelle vrgl. auch Keller S. 191) V, 3 de H. P. *l.* 18 § 1 X, 4 ad exhib. *l.* 7 § 4 *l.* 8. XVI, 3 depos. *l.* 1 § 21. de pecul. *l.* 30 pr. Vrgl. auch oben S. 11 Not. 12. Die Frage aber, ob der Beklagte zur Zeit der Einleitung des Prozesses besaß, ist deßhalb sehr wichtig, weil durch die Einleitung des Prozesses die Obligation des redlichen Besitzers auf Herausgabe der Sache so begründet wird, daß nun, wenn er wirklich zu dieser Zeit besaß und der Kläger sein Recht an der Sache nachweist, der Beklagte, wenn er von dieser Obligation befreit werden soll, den Befreiungsgrund nachweisen muß. Befreit wird er aber von seiner Obligation jetzt nur durch zufälligen Besitzverlust; er muß also nachweisen, daß er durch Zufall, weder durch Culpa noch durch Dolus, den Besitz verlohren habe D. de R. V. *l.* 27 § 1 ad exhib. *l.* 7 § 5 XLIV, 2 de exc. rei jud. *l.* 17.

Kläger den Werth der Sache bezahlen, wenn dieser sein Recht an der Sache beweisen kann. Für das Haften entscheidet hier somit der Zeitpunkt der Litis Contestation[84].

2. Bösliche Besitzentäußerung. Hiernach haftet der Besitzer, welcher vor dem Prozesse sich des Besitzes der Sache arglistig entäußerte — qui dolo desiit possidere — sey es durch Verzehren, Vernichten, Umformen oder durch Veräußern ꝛc., gerade so, als ob er noch Besitzer wäre; der Prozeß kann gegen ihn, wie gegen einen Besitzer, eingeleitet und durchgeführt werden, so daß, wenn der Kläger sein Recht in Beziehung auf die Sache erweist, der Beklagte (da er die Sache wegen seines Dolus nicht restituiren kann) in den vom Kläger durch seinen Schätzungseid zu bestimmenden Werth der Sache zu verurtheilen ist[85]. Was heißt aber hier eine arglistige Entäußerung des Besitzes? Meist wird die Frage entweder gar nicht näher oder sehr ungenau und unbestimmt oder unrichtig beantwortet[86]. Beim unredlichen Besitzer ist jede Entäußerung

---

84) D. VI, 1 de R. V. *l.* 25, 26, 27 pr. V, 3 de H. P. *l.* 13 § 13 *l.* 45. Nach der herrschenden Ansicht (vrgl. z. B. Glück Pand. VIII S. 203 v. Vangerow Pand. § 332 S. 576) soll die Lit. Cont. dann nicht maaßgebend seyn, wenn der Nichtbesitzer durch das Vorgeben, daß er besitze, den Berechtigten von der Anstellung der Klage gegen einen Andern abgehalten habe. Hier soll nach *l.* 27 pr. de R. V. gegen den Nichtbesitzer auch dann die Klage fortgeführt werden können, als ob er noch besäße, wenn er auch vor der Lit. Cont. seinen Nichtbesitz eingestände. Allein die *l.* 27 sagt dieß nicht. Wetzell der röm. Vindikationsproz. S. 215.

85) Zuerst durch ein S.C. unter Hadrian (s. g. S.C. Juventianum) bei Erbschaften, die dem Fiscus verfallen waren, eingeführt, dann auf die Erbschaftsklage der Privaten und auf andre Klagen, die gegen den Besitzer als Solchen gehen, ausgedehnt. S. D. de H. P. *l.* 20 § 6—11 *l.* 25 § 2—8 de R. V. *l.* 27 § 3 ferner X, 4 ad exhib. *l.* 9 pr. § 2 *l.* 14 *l.* 15 C. III, 42 ad exhib. cst. 5. Vrgl. auch D. L, 17 de R. J. *l.* 131 *l.* 150.

86) Gar nicht näher von den Meisten, ungenau und unrichtig namentlich viel zu eng z. B. von Thibaut Pand. § 206 und Mühlenbruch Pand. § 269 die Sache „veräußern, um sich der Klage zu entziehen" (dieß ist in doppelter Hinsicht viel zu eng, nicht blos in Beziehung auf den Zweck, sondern auch auf den Act an sich, da man auch ohne Veräußerung arglistig zu besitzen aufhören kann z. B. durch Vernichtung, D. ad exhib. *l.* 9 pr., oder durch Adjunction, meine Abh. im Rechtslexicon I S. 24), ferner von Sintenis Civilr. § 42 Not. 37

des Besitzes eine arglistige, welche er im Bewußtseyn, in Betreff der Sache nicht berechtigt zu seyn, vornimmt [87]; beim redlichen Besitzer fällt dagegen in der Regel keine Besitzentäußerung in diese Kategorie, da er eben, weil er redlicher Besitzer ist, sich zu jeder Verfügung über die Sache und selbst zu ihrer Vernichtung befugt halten muß [88]. Bei ihm kann nur dann eine Besitzentäußerung eine arglistige genannt werden, wenn er an der Redlichkeit seines Besitzes wenigstens zu zweifeln beginnt, und nun sich der Sache entäußert um sie jedenfalls dem etwa Berechtigten zu entziehen [89].

3. Unredlichkeit des Besitzes. Der unredliche Besitzer einer fremden Sache haftet von der Zeit, an welcher sein

---

(und ähnlich von Schilling Instit. II § 136) „um dem Berechtigten die Verfolgung seines Rechts zu erschweren". Man vergleiche dagegen nur die Stellen der Not. 85 und D. IV, 7 de alien. jud. mut. c. *l.* 4 § 1. Aus jener zu beschränkten und unrichtigen Erklärung folgt auch z. B. bei Sintenis (Civilr. § 52 Not. 16) der Irrthum, als ob durch das S.C. Juventianum die in factum actio wegen alienatio judicii mutandi causa ganz überflüssig geworden sey. Dieß ist keineswegs der Fall (was aber hier zu beweisen, zu weit führen würde); auch sagt nicht etwas der Art Mühlenbruch, auf den sich Sintenis beruft. Ueberhaupt ist zu bedenken, daß Römische Juristen lange nach der Zeit der Erlassung des S.C. Juvent. doch jene actio in factum noch als etwas durchaus Practisches behandeln (wie z. B. Ulpianus und Paulus).

87) S. die Stellen der Not. 85, besonders auch die aus dem Tit. ad exhib. angeff., namentlich *l.* 14 ad exhib. Nahm er die Veräußerung vor, weil die Sache sich nicht aufbewahren ließ: so tritt die Milderung ein, daß er blos den Werth zu erstatten hat, den sie zur Zeit der Veräußerung hatte, wofür im Zweifel der eingehobene Preis zu nehmen ist (namentlich fällt also hier das jur. in litem des Klägers weg) D. de R. V. *l.* 15 § 1.

88) D. de H. P. *l.* 31 § 3 *l.* 25 § 11 vrgl. auch IV, 7 de alienat. jud. mut. c. *l.* 4 § 1.

89) Manche glauben, beim b. f. possessor könne ein dolo desinere possidere gar nicht vorkommen und sie beziehen daher Dasselbe blos auf den unredlichen Besitzer z. B. Göschen Pand. Vorleff. § 235 B. II S. 48, 49 auch wie es scheint Glück Pand. VIII S. 245. Allein dagegen ist die allgemeine Sprache der Quellen und auch noch besonders *l.* 45 de R. V. Nur ist dabei wohl zu beachten, was bei Not. 88 gesagt ist, und daß ein Besitzer im guten Glauben nicht einmal dadurch, daß er die Sache veräußert, um sich blos den Unannehmlichkeiten eines bevorstehenden Prozesses zu entziehen, dolo desiit possidere D. de alienat jud. mut. c. *l.* 4 § 1.

Besitz ein unredlicher war, dem wahren Berechtigten auch für jede Fahrläßigkeit, und zwar so, daß wenn die Sache durch seine Fahrläßigkeit nicht mehr existirt oder nicht mehr in seinen Händen ist, er doch mit den gegen den Besitzer als Solchen gehenden Klagen (z. B. hered. petit. rei vind.) gleichsam als ob er sie noch besäße, auf ihren vom Richter zu bestimmenden Werth belangt werden kann [90]; bei zufälligem Untergang oder Abhanden-

---

90) Dieß sagt bestimmt D. de H. P. *l.* 25 § 2 *l.* 31 § 3. Vrgl. auch de R. V. *l* 45 und Not. 85. Gewöhnlich wird zu den s. g. ficti possessores d. h. zu Denjenigen, gegen welche Klagen, die gegen den Besitzer als Solchen gehen, angestellt und fortgeführt werden können quasi possiderent, blos Derjenige gerechnet qui liti se obtulit (Nro. 1) und Derjenige qui dolo possidere desiit (Nro. 2); allein die angeff. Stellen beweisen, daß der unredliche Besitzer, wenn er vor Einleitung des Prozesses culpa desiit possidere, auch hierher gehört (vrgl. auch Not. 91). Dieser Ansicht sind auch z. B. Voët Comm. ad Pand. VI, 1 nr. 33 Glück Pandect. VIII S 208 Göschen a. a. O. Sintenis Civilr. § 42 Not. 38; nur ist es unrichtig, wenn Sintenis sagt, daß unter dem dolo desinere possidere auch die culpa mitbegriffen sey; denn der m. f. possessor, welcher blos culpa desiit possidere, wird weit gelinder behandelt, namentlich indem gegen ihn das juram. in litem des Klägers nicht zuläßig ist (*l.* 4 § 4 *l.* 5 § 3 de in lit. jur. *l.* 68 de R. V.) und bei ihm das in *l.* 63 de R. V. Gesagte (vrgl. *l.* 69 eod.) gilt. — Diejenigen, welche den unredlichen Besitzer, der vor dem Prozeßanfange culpa desiit possidere, nicht zu den ficti possessores rechnen, theilen sich in verschiedene Ansichten. Bei Vielen ist es nur eine Wortverschiedenheit d. h. sie geben doch zu, daß auf die angegebene Weise gegen ihn quasi possideret die Klage angestellt und durchgeführt werden könne s. z. B. Malblanc Princ. § 406 bei Not. n vrgl. mit § 402. Andre behaupten, der unredliche Besitzer hafte vor der controversia mota gar nicht für Culpa, ausser er hätte sich durch ein Delict in den Besitz der Sache gesetzt gehabt z. B. durch Diebstahl oder Gewalt z. B. v. Madai Lehre v. d. Mora S. 187. Allein dieser Ansicht stehen die im Anfange dieser Note angeff. Stellen entgegen, und ausserdem wird sie noch ganz besonders widerlegt durch *l.* 25 § 5 de H. P. (eine Stelle, welche Madai gar nicht berücksichtigte) vrgl. mit *l.* 25 § 2 eod. — Vangerow Pand. § 332 Anm. 3 S. 578 behauptet, die Klage, welche gegen den Besitzer als Solchen gehe, könne zwar hier nicht angestellt werden z. B. die rei vind., aber der m. f. possessor könne wegen Culpa „mit einer entsprechenden persönlichen Klage namentlich der act. legis Aquiliae belangt werden." Allein das Gegentheil sagen die angeff. Stellen, und was die actio ex l. Aq. betrifft: so ist diese allerdings hier auch zuläßig, aber nur bei positiven fahrläßigen Handlungen, nicht aber gerade in den hierher gehörigen Hauptfällen, wenn der Besitzer (sofern er sich nicht

kommen der Sache aber gilt Dieses nicht; für diesen haftet vom Besitzanfange an nur ein solcher unredlicher Besitzer, welcher sich durch ein Delict in den Besitz der Sache setzte (unten S. 132 ff.).

4. Einleitung des Prozesses. Von dieser d. h. von der Mittheilung der Klage an (S. 106 f.), haftet der redliche Besitzer für Dolus und Culpa in Beziehung auf die Sache, so daß wenn er sich von da an des Besitzes der Sache absichtlich entäußert oder er ihn durch Fahrlässigkeit verliehrt, gegen ihn der Prozeß gerade so, als ob er die Sache noch besitzen würde, fortgeführt werden kann, und er, wenn der Kläger sein Recht beweist, in den (bei Dolus durch den Schätzungseid des Klägers, bei Culpa durch den Richter zu bestimmenden) Werth der Sache zu verurtheilen ist d. h. es gilt in dieser Hinsicht gegen ihn ganz, was gegen den unredlichen Besitzer vor dem Prozesse gilt[91]. Geht dagegen die Sache durch Zufall zu Grunde oder sonst aus seinem Besitze verlohren: so haftet er hiefür nicht; er ist in einem solchen Falle zu absolviren (Not. 77).

Welche Wirkung hat aber diese Einleitung des Prozesses auf den unredlichen Besitzer? Ueber diese Frage in Verbindung mit der Frage über das Haften des unredlichen Besitzers vor dem Prozesse werden besonders zwei Ansichten vertheidigt, von denen keine sich rechtfertigen lassen dürfte. Viele nehmen an,

---

durch ein Delict in den Besitz der Sache gesetzt hatte) durch Unachtsamkeit die Sache untergehen oder sich abhanden kommen ließ. — Dagegen gehen Andre gar zu weit, indem sie jeden unredlichen Besitzer sogar für den Zufall haften lassen wollen. Darüber s. nach Not. 91.

91) S. 107 Not. 44, S. 108 Not. 48. Gewöhnlich spricht man hier nicht von einer s. g. ficta possessio. Allein es ist in solchen Fällen so gut wie in den unter Nr. 1—3 angeff. der Begriff einer ficta possessio anzuwenden. Wie nämlich bei den betreffenden Klagen an sich der Besitz des Beklagten die Bedingung ihrer Einleitung ist, so ist er auch die Bedingung ihrer Fortführung (S. 127); nennt man nun Denjenigen, gegen welchen aus besonderen Ursachen obwohl er nicht Besitzer ist die Klage doch eingeleitet und fortgeführt werden kann, einen fictus possessor: so muß man auch Denjenigen, gegen welchen die eingeleitete Klage aus besonderen Ursachen, obwohl er nicht mehr Besitzer ist, doch fortgeführt werden kann, ebenso einen fictus possessor nennen, weil auch hier gegen ihn die Klage fortgeführt und er verurtheilt werden kann als ob er noch besäße.

der unredliche Besitzer sey vom Augenblicke seines unredlichen Besitzes an im Verzuge; deßhalb hafte er von da an nicht blos für Culpa, sondern auch wie andere Morose für zufälliges Untergehen oder Abhandenkommen der Sache [92]. Allein davon, daß jeder unredliche Besitzer sofort im Verzuge sey und vom Anfange seines unredlichen Besitzes an für den Zufall hafte, sagen die Quellen durchaus nichts; sie sagen es nur von Demjenigen, welcher sich eigenmächtig durch ein Delict (Diebstahl, Gewalt) in den Besitz der Sache gesetzt und durch eben dieses Delict eine besondere Obligation gegen den Berechtigten contrahirt hatte, und hier ist es dann natürlich, daß er vom Augenblicke seiner eigenmächtigen Ergreifung der Sache an in einer mora (ex re) ist. Deßhalb erklärt sich namentlich mit Recht auch v. Madai (Mora S. 179 f.) gegen jene Ansicht; allein er geht von der anderen Seite zu weit (s. Not. 90), indem er (a. a. O. u. S. 299 f.) behauptet, vor erhobenem Prozesse hafte der m. f. possessor nicht einmal für Culpa und nach erhobenem Prozesse werden nicht die Grundsätze der Mora auf ihn angewendet. Das Richtige dürfte wohl dahin gehen. Unredliche Besitzer (wenn sie nicht durch ein Delict sich in den Besitz der Sache setzten) kommen nicht schon von selbst in Verzug durch das bloße Bewußtseyn ihres unberechtigten Besitzes; denn die Mora mit ihren Folgen bezieht sich eigentlich nur auf wahre Obligationen. Dagegen a. erzeugt für sie das Bewußtseyn der Unrechtlichkeit ihres Besitzes dieselbe Verpflichtung, welche für den redlichen Besitzer durch die Prozeßeinleitung (früher Lit. Cont., später Ladung) erzeugt wird. Sie wissen, daß sie eine Sache in Händen haben, die ihnen nicht gehört; diese Sache müssen sie daher auch als eine fremde behandeln, und zwar so lange sie sie haben, mit der Sorgfalt, die Jeder verlangen kann, in dessen Angelegenheit man sich einmischt. Deßhalb haften sie vom Anfange ihres unredlichen Besitzes an für Dolus und Culpa namentlich für Diligentia, müssen also bei culposem Ab-

---

92) Dieser Ansicht sind z. B. Noodt Comm. ad Dig. VI. 1 p. 195 Glück Pand. VIII S. 243 und die dort Not. 100 Angeff. Mühlenbruch Pand. § 275.

handenkommen der Sache dafür einstehen[93]. b. Mit dem Streitanfange aber werden auf den unredlichen Besitzer[93a] die Grundsätze des Verzugs angewendet. Von da an haftet daher der unredliche Besitzer auch für den zufälligen Untergang der Sache in der Weise, wie jeder Morose dafür haftet[94]. Daraus erklärt sich auch, daß der unredliche Besitzer von diesem Zeitpunkte an für die fructus percipiendi haftet, welche der Kläger gezogen haben würde.[95]. Als Streitanfang gilt hier nach gemeinem

---

93) Den Beweis s. in Not. 90.

93 a) Auf den redlichen Besitzer wurden die Verzugsgrundsätze nur in einem bei uns unpraktischen Falle angewendet, nähmlich wenn er nach dem vorläufigen arbitratus judicis restituiren sollte, aber nicht restituirte (vrgl. auch *l.* 15, 17 Not. 94 cit. und Wetzell Vindicationsprozeß S. 178). Sonst aber wurden auf ihn in keinem Falle die Verzugsgrundsätze angewendet; denn hier lag kein Grund vor, ausnahmsweise die Verzugsgrundsätze auf solche Verhältnisse zu erstrecken. Dagegen trafen ihn allerdings von dem Streitanfange an besondere Verpflichtungen, nur nicht die Wirkungen des Verzugs (oben S. 106 f.).

94) D. de H. P. *l.* 40 pr. de R. V. *l.* 15 § 3 *l.* 17 § 1 ad exhib. *l.* 12 § 4 IV, 2 quod. met. caus. *l.* 14 § 11. Ich gehe hier davon aus, daß jeder Morose für den Zufall ausnahmsweise dann nicht haftet, wenn er beweisen kann, daß die Sache von demselben Zufalle auch beim Kläger im Falle rechtzeitiger Leistung betroffen worden wäre. Anderer Meinung ist in dieser Hinsicht mit Manchen namentlich v. Madai a. a. O. S. 284 f. Allein ich glaube hier lediglich auf v. Vangerow Pandect. Bd. III § 588 Anm. 3 verweisen zu können (welcher aber noch in B. I § 333 S. 384, eine Stelle worauf sich z. B. noch Sintenis Civilr. § 52 Not. 40 mit Unrecht beruft, Madais Ansicht theilte, weßhalb diese Stelle nach dem von ihm im § 588 Ausgef. zu berichtigen ist).

95) Solche unredliche Besitzer, welche durch ein Delict den Besitz erwerben, haften dafür schon vom Anfange ihres Besitzes an Vrgl. C. VIII, 4 unde vi cst. 4 D. VI. 1 de R. V. *l.* 62 § 1. Erörtt. H. I S. 68 f. Andere unredliche Besitzer aber haften vor dem Streitanfange blos für die vernachlässigten Früchte d. h. für die, welche sie nach ihren Verhältnissen hätten ziehen können. Hiernach ist Das näher zu bestimmen, was H. I S. 68 f. und namentlich Das. S. 70 Not. 3 gesagt ist. Der redliche Besitzer nähmlich haftet vom Streitanfange an gerade für Das, wofür ein unredlicher Besitzer (der nicht durch ein Delict die Sache in seine Hände brachte) vom Anfange seines Besitzes an haftet d. h. für Dolus und Culpa, also auch für vernachlässigte Früchte; der unredliche Besitzer aber haftet vom Streitanfange an noch für mehr, auch für den Zufall und für solche nicht gezogene Früchte, die der Kläger gezogen haben würde (H. I S. 68), und die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen unredlichen Besitzer, der durch ein Delict sich in den Besitz der Sache setzte, schon vom Anfange seines Besitzes an.

Recht aus den S. 108 f. ausgeführten Gründen wohl die Insinuation der Klage; nach Württ. Recht ist dieß aber wegen der Bestimmung des L. R. II, 1 § 12 zweifelhaft, und es wird nach demselben richtiger seyn, jene erhöhten Verpflichtungen des unredlichen Besitzers erst mit der Kriegsbefestigung eintreten zu lassen (S. 120).

B. Von der S. 127 unter A. angeführten Regel gibt es einige Ausnahmen, bei welchen der Stand der Sache, wie er zur Zeit der Litis Contestation ist, entscheidet. Dieß ist der Fall

1. bei Noxalklagen. Bei diesen haftet der jeweilige Eigenthümer d. h. welcher es zur Zeit der Lit. Cont. ist, für vollen Schadensersatz, dessen Zahlung er aber durch Abtretung des Thiers, das den Schaden verursacht hatte, oder der wegen desselben ihm zukommenden Klagen entgehen kann; verliehrt er aber nach der Lit. Cont. sein Eigenthum: so bleibt er, obwohl dieses Eigenthum die factische Bedingung der Statthaftigkeit der Klage gegen ihn war, doch verhaftet [96], wohl weil hier die Klage nicht direct auf Herausgabe der Sache, deren Eigenthümer er war, sondern auf den Ersatz des Schadens geht.

2. Findet gegen Jemanden eine Klage nur deßhalb und in soweit statt, weil und in wie weit er durch ein gewisses Ereigniß bereichert ist: so entscheidet in der Regel über die letztere Frage der Zustand, wie er zur Zeit der Litis Contestation ist [97].

---

96) D. IX, 1 si quadrup. *l.* 1 § 12, 13, 16. IX, 4 de nox. act. *l.* 37 *l.* 38 pr. § 1 *l.* 39 pr.

97) D. III, 5 de neg. gest. *l.* 37 pr. § 1 IV, 2 quod met. c. *l.* 20 IV, 4 de minor. *l.* 34 pr. XLVI, 3 de sol. *l.* 47 XXIV, 1 de don. int. vir. *l.* 7 pr. § 3. Eine Ausnahme von dieser Regel s. in D. V, 3 de H. P. *l.* 36 § 4.

## Vierzehnte Erörterung.

# Zur Lehre von der Rechtskraft des richterlichen Urtheils.

## Ueber die Wirkungen eines ungerecht freisprechenden Urtheils.

Schon das Röm. Recht geht bei der Rechtskraft des Urtheils von der sehr natürlichen und nothwendigen Regel aus, daß ein Urtheil, wenn es einmal die Rechtskraft beschritten hat, unbedingt zwischen den Partheien Recht bilden müsse ohne Rücksicht auf die Gerechtigkeit seines Inhalts, daß es unbedingt pro veritate gelte. Würde man von diesem Grundsatze nicht ausgehen, würde man von ihm die Ausnahme machen, daß ein materiell ungerechtes Urtheil eine solche Wirkung nicht habe, daß somit die Rechtskraft nur dem materiell g e r e ch t e n Urtheile zukomme: so wäre überhaupt die Rechtskraft eines Urtheils in den meisten Beziehungen bedeutungslos, weil dann jedes Urtheil immer wieder einer neuen gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung unterworfen werden könnte, um die Frage festzustellen, ob das angeblich rechtskräftige Urtheil wirklich auch materiell gerecht sey, eine Frage, die aber dann bei einer solchen Ausnahme eigentlich nie bleibend festgestellt werden könnte. Deßhalb erklärt sich das Röm. Recht gegen eine solche Ausnahme aufs Entschiedenste. So sagt z. B. die *l.* 25 **D. I,** 5 **de stat. hom.**: Derjenige, welcher in einem Prozesse rechtskräftig für freigeboh̶ren erklärt werde,

müsse durchaus als freigebohren behandelt werden, wenn er auch in der That nicht freigebohren war, eben weil das Urtheil formelle Wahrheit bilde; ebenso sagt die *l.* 24 D. XLIV, 2 de re jud.: wenn der wahre Eigenthümer gegen den Besitzer seiner Sache mit einer Vindication auftrete, aber durch ein ungerechtes Urtheil abgewiesen werde und später zufällig in den Besitz der Sache komme: so könne der frühere Besitzer unter Berufung auf das rechtskräftig gesprochene Urtheil sie ihm wieder abfordern. Es gibt also die Stelle (ebenso in einem anderen Falle die *l.* 65 § 2 ad S.C. Treb.) zu, daß ein in Wahrheit Unberechtigter gegen den wirklich Berechtigten unbedingt zu schützen sey und er das Recht des wirklich Berechtigten unbedingt breche, sobald er ein rechtskräftiges Urtheil für sich habe, daß also durch das rechtskräftige Urtheil, welches materiell ungerecht ist, das begründete Recht völlig aufgehoben werde oder vielmehr man sein Resultat unbedingt als richtig annehmen müsse, weil sonst ein Ende des Streites gar nicht abzusehen wäre. Ebenso ist auch bei Obligationsverhältnissen nach Röm. Rechte kein Zweifel, daß, wenn der Beklagte ungerecht verurtheilt, wenn also ein Nichtschuldner durch rechtskräftiges Urtheil als Schuldner behandelt wurde, auch hier unbedingt das rechtskräftige Urtheil seine Wirkung äußert und der Verurtheilte als wahrer Schuldner von nun an zu behandeln ist (vrgl. auch XVII, 1 mand. *l.* 29 § 5).

Bei diesen Grundsätzen müßte es in der That sehr auffallend seyn, wenn bei Obligationen, welche Gegenstand eines Prozesses wurden, das Röm. Recht für eine ganze Klasse von Fällen das Gegentheil annehmen würde. Gerade aber das Letztere, daß das Röm. Recht eine solche allgemeine Ausnahme festsetze, wird von vielen Schriftstellern behauptet [1], und die Meisten haben auch kein Bedenken, was sie so im Röm. Recht als begründet zu finden glauben, auch auf das heutige Recht anzuwenden.

---

1) In der älteren Zeit war wohl die Mehrzahl für diese Ansicht, in der neueren Zeit ist sie sehr bestritten worden und unter den Deutschen Juristen unsres Jahrhunderts werden wohl die Gegner der Zahl nach sich so ziemlich die Wage halten; s. besonders die Nachweisungen von Fein im Arch. f. civilist. Prax. Bd. XXVI S. 161—165.

Es wird nämlich behauptet, ein wirklicher Schuldner, welcher mit Unrecht freigesprochen worden sey, gelte doch immer noch fort als Schuldner und sey rechtlich als solcher zu behandeln; das freisprechende Urtheil habe hier also nicht die Bedeutung, daß es unbedingt als Wahrheit gelte, daß also die Schuld als nicht existirend angenommen werden müsse; vielmehr müsse sie im Gegensatze zum rechtskräftigen Urtheile immer noch als existirend behandelt werden; nur verliehre die Schuld ihre Klagbarkeit; aber in der Form der Einreden könne der Gläubiger immer noch sein Recht, als ob es ihm nicht abgesprochen wäre, geltend machen; der Schuldner bleibe naturaliter obligatus.

Wenn auch Manche unsrer Praktiker, wie z. B. Lauterbach, Schilter und Andere, in ihren Werken dieser Ansicht beipflichten: so möchte doch sehr zu bezweifeln seyn, ob je die Deutsche Praxis einen solchen Grundsatz anerkannt habe; wenigstens müßten, wenn dieß der Fall wäre, häufig neue Prozeßverhandlungen über eine anerkannt rechtskräftig abgemachte Sache mit Verwerfung des Einwandes des rechtskräftigen Urtheils durchgeführt worden seyn (denn bei jenem Grundsatze würde, wie unten nachgewiesen werden wird, es möglich und zulässig seyn, bei allen Verhältnissen, in welchen überhaupt eine Naturalobligation an sich möglich ist, das rechtskräftige Urtheil als nicht ergangen zu behandeln), während aus dem wirklichen Leben solche Beispiele schwerlich sich werden nachweisen lassen.

Nicht zu läugnen ist es, daß manche Stellen des Röm. Rechts für die Bejahung der Frage, ob ein rechtskräftig freigesprochener Schuldner trotz der Freisprechung naturaliter obligirt bleibe, zu sprechen scheinen, daß überhaupt die Sache nach Röm. Recht bis auf einen gewissen Grad eine zweifelhafte ist [2]. Auch dürfte die Art und Weise, wie neuerlich von der Pfordten [3],

---

2) Man vrgl. vorzüglich die tüchtige Abhandlung von Ed. Fein „Der mit Unrecht freigesprochene Schuldner bleibt trotz der Freisprechung naturaliter obligirt" (im Arch. f. civilist. Prax. Bd. XXVI S. 161—200 und S. 359—400), in welcher mit Gründlichkeit und Scharfsinn Alles entwickelt ist, was nach Röm. Recht für die Bejahung der Frage sprechen kann.

3) In der oben S. 30 Not. 33a angef. Abhandlung. Eine gründliche Beur-

den Zweifel zu heben und wenigstens für das neueste Justinianische Recht das Resultat, daß im genannten Falle der Schuldner nicht naturaliter obligirt bleibe, also auch in diesem Falle das rechtskräftige Urtheil vollkommen wirke, zu erhalten suchte, so scharfsinnig auch seine Ausführung ist, doch nicht zu billigen seyn. Er glaubt nämlich, nach älterem Röm. Rechte sey in den Fällen, in welchen die directe prozeßualische Consumtion eintrat (oben S. 3), nur der civilrechtliche Bestandtheil der eingeklagten Forderung, das Moment ihrer Klagbarkeit consumirt, ihr naturaler Bestandtheil aber durch die Consumtion gar nicht ergriffen worden, so daß durch eine ungerechte Freisprechung des Schuldners der naturale Theil seiner Schuld ebenfalls nicht berührt worden, er also fortan natraliter obligatus geblieben sey; gerade das Gegentheil aber habe stattgefunden in den Fällen indirecten Consumtion (oben S. 5); diese habe auf die Forderung nach allen ihren Bestandtheilen eingewirkt, so daß, wenn ein freisprechendes Urtheil erfolgte, die exceptio rei judicatae gegen die Forderung nach allen ihren Bestandtheilen dem Schuldner zugekommen, also auch die naturalis obligatio desselben dadurch vernichtet worden sey. Bei diesen Prämissen bezieht er sodann die Stellen der Pandecten, welche von einer Fortdauer der naturalis obligatio troz des freisprechenden Urtheils zu sprechen scheinen, wie die *l.* 60 de condict. indeb., auf Fälle der directen Consumtion, die Stellen dagegen, welche beim ungerecht freisprechenden Urtheile von einer völligen Nichtexistenz der Forderung auch ihren naturalen Bestandtheilen nach ausgehen, wie die *l.* 13 D. XX. 6. quib. mod. pign. solv., auf Fälle der indirecten Consumtion. Da nun der Gegensatz der judicia legitima und imperio continentia und der formulae in jus und in factum conceptae, auf welche sich der Gegensatz der directen und indirecten Consumtion bezog, im späteren Röm. Rechte verschwand und die indirecte Wirkung der Litiscontestation und des Urtheils in demselben allein übrig blieb (oben S. 35): so kommt er dann auf das Resultat, daß im Justinianischen

---

theilung der verschiedenen Ansichten der früheren Schriftsteller geben Pfordten und Fein.

und heutigen Röm. Rechte auch nach ungerechter Freisprechung nie mehr eine obligatio naturalis übrig bleibe, indem die das Gegentheil besagenden Stellen blos auf die nicht mehr geltende directe prozeßualische Consumtion sich beziehen sollen. — Allein gegen diese Ausführung läßt sich jedenfalls, von Anderem abgesehen, einwenden, einmal daß die Prämisse, von der sie ausgeht, die Voraussetzung, die directe Prozeßconsumtion habe den naturalen Bestandtheil der Obligation nicht ergriffen, die indirecte dagegen habe ihn stets ergriffen, nicht begründet wurde und sich gar nicht wird begründen lassen (oben S. 28, 30), anderntheils daß die Stellen, welche blos auf die eine Art, und die Stellen, welche blos auf die andere Art der Prozeßconsumtion bezogen werden, wie *l.* 60 und *l.* 13 cit., ganz allgemein sprechen und daher ihre Beschränkung auf den einen oder auf den anderen Fall nicht zulässig ist [4].

Wäre es allgemeiner Röm. Grundsatz gewesen, daß bei Klagen aus Obligationen blos das klagbare Moment, nicht aber auch der naturale Bestandtheil des Rechtsverhältnisses in judicium deducirt werde: so würde es sich allerdings ganz natürlich erklären und als nothwendig herausstellen, daß durch ein freisprechendes Urtheil der Beklagte blos von der Klage, nicht aber auch von den Verpflichtungen befreit werde, die ihm der naturale Bestandtheil des Rechtsverhältnisses auferlegt, daß also seine obligatio naturalis immer noch fortbestehe [5], obgleich man hätte denken sollen, daß das praktische Bedürfniß einen solchen Grundsatz nicht lange hätte bestehen lassen können. Allein auch hier läßt sich die Prämisse, daß überhaupt bei Klagen aus Obligationen der naturale Bestandtheil des Rechtsverhältnisses gar nicht in judicium deducirt worden sey, nicht beweisen, vielmehr stehen ihr entschiedene Bedenken entgegen (oben S. 27 f.). Besonders aber läßt sich dieselbe und überhaupt der Grundsatz, daß trotz eines freisprechenden Urtheils der Schuldner

---

4) Vergl. auch Fein a. a. O. S. 378 f.

5) Denn man kann nicht mit Vangerow Pandect. I § 173 S. 203 annehmen, daß die negative Wirkung der res judicata allgemein weiter gehe, als die der Litis Contestation. S. oben S. 30, 31.

noch naturaliter obligirt bleibe, gar nicht vereinigen mit *l.* 13 quib. mod. pign. solv. Es ist nämlich ein anerkannter Grundsatz des Röm. Rechts, daß auch für eine Naturalschuld ein Pfand gültig bestellt werden und gültig bestehen kann und daß, wenn bei einer klagbaren Obligation das Recht zur Klage wegfällt, die Obligation aber als naturalis noch bestehen bleibt, auch das Pfand gültig bleibt. Nun sagt aber die *l.* 13 cit.: „Si deferente creditore juravit debitor, se dare „non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, „atque si judicio absolutus esset; nam et si a judice, „quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, „tamen pignus liberatur." Sie sagt also mit dürren Worten, was von der Befreiung durch den Eid gilt, gilt auch ganz von der Befreiung durch ein, wenn auch ungerechtes, rechtskräftiges Urtheil; wird der wahre Schuldner vom Richter mit Unrecht freigesprochen: so gehen auch die für die Schuld bestellten Pfandrechte zu Grunde, die verpfändete Sache wird vom Pfandnexus frei. Würde ein solcher Schuldner naturaliter obligirt bleiben: so müßten auch die Pfandrechte noch fortbestehen. Die Stelle sagt also entschieden, daß beim ungerecht freisprechenden Urtheile auch nicht einmal eine naturalis obligatio des Schuldners mehr als bestehend angenommen werden könne. Diese Stelle spricht so entschieden und so bestimmt, daß bei ihr das Gegentheil in der That gar nicht angenommen werden kann, und wenn auch andere Stellen das Gegentheil sagen würden: so hätten wir blos einen unauflöslichen Widerspruch in den Röm. Rechtsbüchern über diese Frage.

Zwar wollen auch die beiden neuesten Vertheidiger des Grundsatzes, daß ein mit Unrecht freigesprochener Schuldner naturaliter obligirt bleibe (v. Savigny und Fein), diese Stelle nicht als Beweisgrund gegen ihre Ansicht gelten lassen. Allein was sie dagegen anführen, ist in der That nicht haltbar. Savigny nämlich (System Bd. V S. 387, 388), indem er natürlich zugibt, daß bei der Fortdauer einer Naturalschuld auch die Pfandrechte fortdauern, erklärt die *l.* 13 cit. so: „Durch die „Freisprechung von der Schuldklage erwirbt der Schuldner un„streitig auch gegen die Hypothekarklage die exc. rei judicatae,

„da zur Begründung dieser Klage unter andern auch das Da„seyn der Schuld behauptet und bewiesen werden muß (cst. 10 „C. de pign. act. IV, 24 cst. 1 C. si pign. conv. VIII, 33). „Allein wenn nun die verpfändete Sache an einen dritten Be„sitzer kommt, der nicht von dem Schuldner geerbt oder ge„kauft hat, so hat dieser keinen Anspruch auf die exc. rei judi„catae, und nun wirkt das Pfandrecht unbeschränkt fort; Das „ist durch den Ausdruck der zuletzt angeführten Stelle auf keine „Weise ausgeschlossen. Die in dieser letzten Stelle angestellte „Vergleichung mit dem Eid darf also nur nicht zu unbedingt „durchgeführt werden, sie ist nur wahr für das Verhältniß zwi„schen Gläubiger und Schuldner." Gegen diese Erklärung läßt sich schon einwenden, daß man dem „pignus liberatur", welches in jener Stelle in ein paar Linien zweimal ohne nähere Beschränkung vorkommt, doch unmöglich einen anderen Sinn in der einen Linie, einen andern in der folgenden Linie beilegen, man es nicht das eine mal in einer ausgedehnteren, das andere mal in einer beschränkteren Beziehung nehmen kann. Aber auch hiervon abgesehen, so gibt ja Savigny geradezu zu, daß auch durch ein ungerecht freisprechendes Urtheil das Daseyn der Schuld ganz vernichtet und dadurch auch das Pfand gegen den Schuldner ganz unwirksam werde. Bei diesem Zugeben aber kann von dem Bestehen einer naturalis obligatio unmöglich mehr die Rede seyn; denn würde diese noch fortbestehen: so würde der Pfandklage der Einwand der Nichtexistenz der Schuld und somit auch der Nichtexistenz des Pfandrechts nicht entgegengesetzt werden können und durch das Urtheil die verpfändete Sache nicht frei werden, da ja bei einem Fortbestehen einer naturalis obligatio auch das Pfandrecht fortbesteht. [6]. Auch möchte es (was übrigens für die vorliegende Frage nicht eigentlich von Einfluß ist) mehr als die Frage seyn, ob ein Gläubiger eine Sache, die ihm verpfändet wurde, gegen den dritten Besitzer noch mit der Pfandklage verfolgen kann, wenn der Pfandschuldner bereits (wie dieß Savigny im vorliegenden Falle zugibt) von seiner Schuld liberirt, also gar nichts

6) S. auch Fein a. a. O. S. 197, 198.

mehr schuldig und gegen ihn die Pfandklage wegen Nichtexistenz der Schuld unzulässig ist. Denn existirt die Schuld gar nicht mehr: so kann auch gegen den dritten Besitzer ein Pfand, das eben damit zu existiren aufgehört hat, nicht geltend gemacht werden (D. XLVI, 3 de solut *l.* 43). Eben so wenig aber läßt sich rechtfertigen, was Fein a. a. O. S. 200 gegen die *l.* 13 cit. einwendet. Er versteht sie von dem Falle, wenn der Eid und das Urtheil blos den Streit über den Hypothekaranspruch zum Gegenstande hatte, nicht die Freisprechung von der persönlichen Klage aus der Schuld, für welche die Hypothek bestellt wurde [7]. Allein davon sagt die *l.* 13 nichts; sie sagt vielmehr geradezu das Gegentheil. Denn abgesehen davon, daß diese Auslegung schon mit der ganzen Fassung der Stelle, namentlich mit der letzten Linie derselben, sich gar nicht vereinigen läßt: so bezeichnet sie ja als Gegenstand des Eides und des Urtheils ganz bestimmt blos die Frage über das dare oportere oder non oportere, also die persönliche Schuld und keineswegs die Frage über die Existenz des Pfandrechts; aus dem Urtheile, welches die Nichtexistenz der persönlichen Schuld ausspricht, folgert sie nur als nothwendige Consequenz die Befreiung der Pfänder.

So können wir nach dieser *l.* 13 unmöglich annehmen, daß das Röm. Recht allgemein von dem Grundsatze ausgehe, ein ungerecht freisprechendes Urtheil befreie den Schuldner doch nicht von seiner Schuld, er bleibe noch naturaliter obligirt. Auch wäre wohl, wie v. d. Pfordten richtig bemerkt, die ganze

---

7) Fein glaubt, man müsse Dieß schon deßhalb annehmen, weil sonst die Stelle anderen Stellen, namentlich der *l.* 27 de pignorib. widersprechen würde. Allein einestheils wäre es eine ganz unzulässige Art, Gesetze dadurch zu vereinigen, daß man das eine Gesetz von einem Falle versteht, von welchem es doch in der That gar nicht spricht; anderntheils widerspricht die *l.* 27 cit. der *l.* 13 nicht, indem die *l.* 27 blos vom causa cadere handelt, bei welchem bis auf einen gewissen Grad die alte Obligation wirksam blieb, und die Pfandrechte bestehen blieben (oben S. 31—34). Unbegründbar ist, was Fein S. 194, 195 dagegen einwendet. Denn der Grund, aus welchem der Judex absolvirte, war allerdings für die Ausdehnung der Wirksamkeit der res judicata anerkannt sehr von Bedeutung, wie schon z. B. *l.* 17 exc. rei jud. beweist.

Streitfrage schwerlich entstanden, wenn nicht zwei Stellen Zweifel erregt hätten, die *l.* 28 und *l.* 60 **D. XII**, 6 de condict. indeb.

Die erstere Stelle macht aber wohl keine Schwierigkeit. Sie spricht von dem Falle, wenn der wahre Schuldner nach erfolgter Freisprechung dennoch seine Schuld bezahlte. Bleibt ein Schuldner trotz der Freisprechung naturaliter obligatus: so kann er das Gezahlte in keinem Falle zurückfordern, mag er auch bei der Zahlung im Irrthum über die Freisprechung sich befunden haben. Ist aber in Folge der Freisprechung die ganze Obligation als nichtexistirend zu behandeln: so kann er zurückfordern, wenn er im Irrthum zahlte, nicht zurückfordern, wenn er sciens se tutum exceptione solvit (*l.* 26 § 3 de condict. indeb.). Nun sagt die *l.* 28 cit.: „Judex si male absolvit, et absolutus „sua sponte solverit, repetere non potest.“ Die Stelle spricht also dem freigesprochenen Schuldner, welcher nach der Freisprechung zahlte, das Zurückforderungsrecht keineswegs unbedingt ab; sie spricht es ihm nur ab, wenn er sua sponte zahlte. Dieß kann doch wohl nur heißen, wenn er ungeachtet des freisprechenden Urtheils, ungeachtet des Umstandes, daß er nicht gezwungen werden kann, zahlte, d. h. also, wenn er im Bewußtseyn seiner durch die Freisprechung deklarirten Nichtschuld zahlte, wenn er sciens se tutum exceptione solvit, so daß also die *l.* 28 nur in der Anwendung auf einen besonderen Fall Dasselbe sagt, was die *l.* 26 § 3 cit. im Allgemeinen ausspricht. Die *l.* 28 nimmt hiernach in ihrem Falle nicht das Fortbestehen einer obl. naturalis an, sondern eine völlige Aufhebung der Schuld, und spricht gerade den Satz aus, daß auch bei der Zahlung, welche ein freigesprochener wahrer Schuldner leistet, Dasselbe gelte, was überhaupt bei der Zahlung einer Nichtschuld gilt, d. h. Unzulässigkeit der Zurückforderung des Bezahlten, wenn man im Bewußtseyn der Nichtschuld zahlte [8].

---

8) Zwar wird von Anderen, namentlich von Fein a. a. O. S. 189 f., eingewendet, das sua sponte in der *l.* 28 bedeute nicht Zahlen im Bewußtseyn der Nichtschuld, sondern überhaupt eben freiwillige Zahlung, und dabei beruft sich Fein auch auf *l.* 88 § 5 XXXI de legat. II. Allein gerade in dieser Stelle läßt sich sua sponte auch ganz ungezwungen nehmen für ein Zahlen mit dem

Weit scheinbarer dagegen ist die *l.* 60 pr. cit. Hier sagt Paulus: „Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitorem manere [9]; similemque esse ei dicit, qui ita promisit: sive navis ex Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterutrius solutionis origo proficiscitur.

Zunächst sollte man denken, Julianus habe bei der Untersuchung der Frage, ob ein verklagter Schuldner, der während des Prozesses zahlte, das Gezahlte wieder zurückfordern können, die S. 25, 26 angeführte Controverse im Auge gehabt; denn Diese mußte hier eigentlich zur Sprache kommen. Die Schule der Röm. Juristen, welche davon ausging, daß gewisse judicia nicht absolutoria seyen (S. 25), mußte bei diesen judicia für den Fall, daß der Beklagte nach der Lit. Cont. den Gegenstand der eingeklagten Obligation zahlte, wohl so argumentiren: diesen Gegenstand war er in keinem Falle mehr schuldig, da seine ursprüngliche Obligation durch die Lit. Cont. consumirt ist, er kann ihn daher als indebitum jedenfalls zurückfordern; denn mag er absolvirt oder in die Litis Aestimatio condemnirt werden: so war er doch jedenfalls jenen Gegenstand zur Zeit der Zahlung nicht mehr schuldig (vrgl. Gajus IV, 114 III, 181). Julianus aber gehörte zu der Schule, welche annahm, alle judicia seyen absolutoria. Er mußte daher für alle judicia auf eine entgegengesetzte Entscheidung kommen, wenn die Frage von dem Gerichtspunkte aufgefaßt wurde, welche Wirkung eine während des Prozesses geschehene Zahlung habe. Nach der Ansicht

---

Bewußtseyn, daß man noch nicht zur Zahlung verbunden sey. Jedenfalls läßt sich das sua sponte in der *l.* 28 auf die im Texte angegebene Weise auslegen. Aber es wird auch so ausgelegt werden müssen, weil sonst das sua sponte ganz bedeutungslos wäre. Denn unmöglich konnte hier die Stelle blos den Gegensatz zu einer durch den Richter erzwungenen Zahlung ausdrücken wollen. Der allein denkbare Gegensatz ist ein Zahlen, bei dem der Zahlende sich zum Zahlen für verpflichtet hielt. Vrgl. auch noch Büchel Ueber die Verpfändung für nicht vollgültige Obligat. Marburg 1836 S. 114. v. d. Pfordten a. a. O. S. 133.

9) Eine andre Leseart z. B. die der Flor. hat debitor permanet. Dann würden die Worte licet — permanet von Paulus beigesetzt seyn.

der Sabinianer mußte der Zahlende allerdings absolvirt werden, weil nach derselben, obgleich durch die Lit. Cont. die ursprüngliche Schuld consumirt war, doch ihr naturaler Bestandtheil noch in soweit wirksam seyn soll (natura debitor permanet), daß durch Zahlung der ursprünglichen Schuld die ganze im Streite befangene Obligation getilgt wird (oben S. 26, 27); aber natürlich behält es in einem solchen Falle, wenn er als verus debitor erkannt wird, bei der geschehenen Zahlung sein Bewenden. — Allein von diesem Gesichtspunkte aus faßt Julianus die Frage, wie es scheint, nicht auf. Er geht nicht davon aus, der Schuldner berufe sich auf die geschehene Zahlung als Moment der Tilgung seiner Schuld, sondern davon, der Schuldner greife während des Prozesses die geschehene Zahlung aus dem Grunde an, weil er doch möglicher Weise noch freigesprochen werden könnte, weil die Frage, ob er zu verurtheilen sey, noch schwebe [10]. Das Recht hierzu aber spricht ihm, falls er wirklich debitor sey (verus debitor), Julianus aus dem Grunde ab, weil, wie auch das richterliche Urtheil ausfallen möchte, möge er später verurtheilt oder freigesprochen werden [11], es bei der

---

10) Dieß bestätigt sich namentlich durch die Vergleichung mit dem sive navis etc. S. v. d. Pfordten a. a. O. S. 134 f. Fein a. a. O. S. 166.

11) Die Stelle sagt nicht, wie Fein S. 166, 169 annimmt, er könne nicht zurückfordern, „weil er auch eine nach erfolgtem Urtheile geleistete „Zahlung, möge er nun condemnirt oder absolvirt seyn, nicht zurückfordern „könne". Denn das quia — posset kann nur das unmittelbar vorangegangene Subject haben, also den verus debitor manente adhuc judicio solvens. Von einer Zahlung nach erfolgtem Urtheile spricht die Stelle gar nicht ausdrücklich. — Uebrigens liegen in der Stelle nach der Weise, wie Julianus den Fall und die Bedingungen seiner Entscheidung setzt, überhaupt manche Schwierigkeiten. Julianus setzt als Voraussetzung und Bedingung, daß der Zahlende verus debitor war; dann soll er während des Prozesses nicht zurückfordern können. Müßte nicht hiernach darüber, ob er verus debitor sey, sofort, also vor Beendigung des eingeleiteten Prozesses entschieden werden? Wenn Dieß nicht: so läßt sich Julians Voraussetzung, aus welcher er zunächst die Rückforderung während des Prozesses verneint, gar nicht constatiren. Oder wenn Jenes: soll dann die bei der condictio indebiti unter denselben Parthieen über dieselbe Frage (ob der Beklagte debitor sey) getroffene Ent-

geschehenen Zahlung verbleiben müßte, namentlich auch dann, wenn er freigesprochen würde, licet enim absolutus sit, natura tamen debitorem manere. Soll damit blos ausgedrückt seyn: die Möglichkeit einer Absolution könne dem wahren Schuldner nicht zu statten kommen, eben weil er, wenn er als verus debitor erkannt aber absolvirt wird, nur in Rücksicht auf die geschehene Zahlung, darauf daß durch sie (nach dem Grundsatze, alle judicia seyen absolutoria) die in judicium gebrachte Obligation noch tilgbar war, zu absolviren wäre? Oder soll damit ausgedrückt seyn: eine spätere auch ohne alle Rücksicht auf die geschehene Zahlung erfolgte Absolution wirkt nicht rückwärts auf eine Zahlung, die zu einer Zeit geschah, in welcher man das Gezahlte wirklich noch schuldig war [12]? Oder soll da-

---

scheidung nicht maaßgebend beim anderen Prozesse seyn? Oder ist überhaupt anzunehmen, daß in diesem die geschehene Zahlung, welche der Beklagte angreift, gar nicht zur Sprache kommt? Wenn sie aber hier zur Sprache kommt: muß nicht dann dieser Prozeß, mag der Zahlende verus debitor gewesen seyn oder nicht, ein Ende haben, da ja der Kläger Das, was er gezahlt erhalten hat, nicht weiter im Prozesse verfolgen kann? Denn darauf, daß der Zahlende die Zahlung nicht gelten lassen will, kann es bei dem gegen ihn auf diese Zahlung gerichtet gewesenen Prozesse nichts ankommen, sobald sie wirklich erfolgt ist; er muß sie dann eben mit einer besonderen Klage angreifen, aber jener Prozeß kann dann nicht mehr ein manens judicium seyn. Allerdings involvirt der Entscheidungsgrund Julians (quia etc.) auch noch die Entscheidung einer zweiten Frage, die, daß der verus debitor manente judicio solvens auch nach dem Urtheile nicht zurückfordern könne, und hier hat wenigstens der Fall an sich keine Schwierigkeit. Man kann ihn dann in doppelter Weise sich denken: die Zahlung kommt im Prozesse zur Sprache und der Beklagte wird blos aus dem Grunde, weil er gezahlt hat, absolvirt (hier kann er nachher nicht zurückfordern, wenn er wirklich debitor war, dagegen zurückfordern, wenn er nicht debitor war, eine Frage über welche noch gar nicht erkannt wurde). Oder sie kommt nicht zur Sprache und er wird als Schuldner verurtheilt oder weil er nichts schulde absolvirt; hier kann er im ersteren Falle nicht zurückfordern vrgl. auch D. XVII, 1 mand. *l.* 29 § 5; ob er im zweiten Falle wenn er doch wirklich Schuldner war, also mit Unrecht freigesprochen wurde, auch nicht zurückfordern kann, dieß hängt dann davon ab, ob man annimmt, daß wenn er wirklich Schuldner war, er trotz des freisprechenden Urtheils noch naturaliter obligatus blieb.

12) So nehmen es z. B. Donellus Comm. de jur. civ. XIV, 12 v. Van-

mit gesagt seyn: eine Absolution, wenn sie auch aus dem Grunde der (vom Richter mit Unrecht angenommen) Nichtexistenz der Schuld erfolgt, gilt nicht als vollständige Absolution, sobald der Beklagte wirklich das Eingeklagte schuldig war, vielmehr bleibt seine Schuld als unklagbare trotz des richterlichen Urtheils fortbestehen?

Auf die letztere Weise nehmen es die Vertheidiger der fortdauernden Naturalobligation, und allerdings sagen dieß die ausgehobenen Worte nach ihrer wörtlichen Auslegung.[13] Allein dann ist die Stelle in einem entschiedenen Widerspruche mit anderen unzweifelhaften Aussprüchen unsrer Quellen. Sie ist dann im Widerspruche mit der *l.* 13 quib. mod. pign. solv., welche, wie gezeigt wurde, ganz entschieden davon ausgeht, ein wenn gleich mit Unrecht völlig absolvirter Schuldner bleibe auch nicht einmal naturaliter obligatus; sie ist ferner im Widerspruche mit dem anerkannten Grundsatze, daß durch Freisprechung des Schuldners der Bürge befreit werde; denn würde der Schuldner naturaliter obligatus bleiben: so müßte auch der Bürge fortverhaftet bleiben (S. 29 in der Note); sie ist endlich in entschiedenem Widerspruche mit den Aussprüchen der Quellen über die exceptio (und also auch über die replica) rei judicatae.

Ich will mich in der letzteren Beziehung nicht einmal auf die oben angeführten Aussprüche über die Bedeutung der Rechtskraft eines Urtheils berufen, auch nicht auf die Stellen, welche hier von Anderen angeführt werden (z. B. *l.* 56 de re jud. *l.* 207 de R. J.) und deren Beweiskraft Fein a. a. O. S. 360 f. bestreitet. Es sind noch andere Stellen, mit welchen eine fort-

---

gerow Pand. I § 173 S. 203. Allein auch dieß würde im Verhältnisse zur Rechtskraft des Urtheils immer noch eine Anomalie seyn. Denn wenn er ohne Rücksicht auf die Zahlung aus dem Grunde, weil er überhaupt nichts schulde, absolvirt wurde: so ist ja rechtskräftig festgestellt, daß er nichts geschuldet habe, also daß er auch zur Zeit der Zahlung nicht Schuldner gewesen sey.

13) Die Annahme, daß die Worte natura debitorem manere sich blos auf eine rechtlich wirkungslose Gewissenspflicht beziehen (von welcher z. B. Büchel a. a. O. S. 116 und Vangerow a. a. O. ausgehen) ist gewiß unhaltbar. S. v. d. Pfordten S. 137 f. Fein S. 169 f.

dauernde Naturalobligation eines rechtskräftig völlig freigesprochenen Schuldners sich gar nicht vereinigen lassen dürfte. Die *l.* 7 § 4 de except. rei jud. sagt: **Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere judicii,** und ebenso allgemein und unbedingt sagt *l.* 3 eod.: **exceptionem rei judicatae obstare, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur** (ebenso *l.* 19 eod.). Dieser Grundsatz aber würde durchaus verletzt, wenn man im angegebenen Falle die Fortdauer einer Naturalobligation zugeben würde. Denn man müßte dann zugeben, daß die Frage, ob denn der Verurtheilte wirklich debitor war, also eine Frage, über welche bereits rechtskräftig entschieden worden ist, daß eadem quaestio inter easdem personas revocirt werden könne. Man nehme z. B. den Fall: A belangte den **B** wegen eines Darlehens, hat aber nach der Ansicht des Richters den nöthigen Beweis nicht erbracht und **B** wird freigesprochen; später belangt **B** den **A** wegen einer Beschädigung auf Ersatz, **A** bringt die Einrede der Compensation vor, weil ihm **B** aus jenem Darlehen ebenso viel Geld schuldig sey, **B** beruft sich aber in seiner Replik auf die res judicata, nach welcher das Darlehen gar nicht existirt habe, er also aus demselben gar nichts schulde. — Nach der Ansicht Derjenigen, welche beim verus debitor male absolutus eine Naturalobligation annehmen, müßte man so entscheiden: der **A** ist zum Beweise des Darlehens zuzulassen, weil der **B**, wenn er verus debitor war, trotz des freisprechenden Urtheils naturaliter obligatus blieb, also der **A** immer noch eine Forderung gegen ihn hat, die er zwar nicht klagend aber doch durch Einreden somit hier durch Compensation geltend machen kann. Kann er den Richter des **B**, sey es auch blos mit denselben Beweismitteln die er im früheren Prozesse gebrauchte, überzeugen, daß **B** Schuldner aus dem Darlehen war: so ist **B** mit seiner replica rei judicatae und somit mit seiner Klage abzuweisen!

Würde nicht ein solches Verfahren im entschiedensten Widerspruche mit den oben angef. Aussprüchen der Gesetze ste-

hen [14]? Gegenstand des ersten Prozesses war lediglich die Frage, ob **B** verus debitor ex mutuo sey. Diese wurde rechtskräftig verneint; die Einrede der Compensation im zweiten Prozesse wiederhohlt lediglich diese rechtskräftig verneinte Frage, und nun soll eadem quaestio inter easdem personas revocirt werden können? Kann nicht der **B** durch die res judicata unumstößlich beweisen, daß er nicht verus debitor war? Oder soll diese abgeurtheilte Frage einem neuen Urtheile unterworfen werden? Muß man hier nicht vielmehr mit Marcellus (*l.* 19 cit.) sagen: dem **A** replica rei jud. sine dubio obstabit; eandem enim quaestionem revocat in judicium?

Auch bei solchen Einreden, durch welche anerkannt der naturale Bestandtheil der Obligation zerstört wird, müßte man nach der Ansicht der Dissentienten ein Fortbestehen der Naturalobligation annehmen, sobald die Einrede zwar rechtskräftig aber mit Unrecht für begründet erkannt wurde. Wenn z. B. **A** den **B** auf Zahlung einer Darlehensschuld belangt, **B** aber sich auf einen Nachlaßvertrag beruft und freigesprochen wird, weil der Richter den Nachlaßvertrag für erwiesen und gültig annahm: so könnte **A** nach der Ansicht der Dissentienten doch jene aberkannte Darlehensforderung in einem späteren Prozesse zur Compensation bringen, wenn es ihm nur gelingen würde, den zweiten Richter zu überzeugen, der **B** sey doch verus debitor gewesen, also ihm z. B. zu beweisen, der Nachlaßvertrag sey nicht gültig gewesen oder gar nicht geschlossen worden und drgl.; er könnte also, obwohl rechtskräftig entschieden war, die ganze Schuld sey durch ein Pactum de non petendo völlig perimirt, immer noch diese Schuld verfolgen. Offenbar wäre hier ein Urtheil, welches die Compensation aus der aberkannten Forderung zulassen würde, im directesten Widerspruche mit den S. 148 und Not. 14 angeff. Stellen, wäre eine sententia contra res judicatas lata (also nich-

---

14) Ebenso mit *l.* 12, 13, 14 pr. de exc. rei jud. Die Erfordernisse einer exceptio oder replica rei jud., welche diese Stellen festsetzen (an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus et an eadem causa petendi et eadem conditio personarum) treffen hier alle durchaus zusammen.

tig est. 1 quando prov. n. e. n.), weil eadem quaestio inter easdem personas einem neuen Urtheile unterworfen würde [15].

Nimmt man daher auch an, daß die *l.* 60 cit. von der Fortdauer einer Naturalobligation nach erfolgtem freisprechenden Urtheile ausgehe: so würde sie, wie ausgeführt wurde, mit anderen Stellen so sehr im Widerspruche stehen, daß das praktische Resultat für uns zu einer Verneinung einer solchen Naturalobligation führen müßte. Denn wir hätten nun die Frage blos nach den allgemeinen Grundsätzen über Rechtskraft des Urtheils zu entscheiden. Mit diesen aber — und zwar wie sie schon im Röm. Recht ausgesprochen werden — ist eine solche beschränkte Wirkung des Urtheils, bei welcher der rechtskräftig gänzlich absolvirte Schuldner doch in Wahrheit nicht für absolvirt gelten würde, unvereinbar, sie sprechen entschieden gegen den Fortbestand des naturalen Bestandtheils der rechtskräftig als nicht existirend erkannten Obligation.

Faßt man auch die Consequenzen schärfer ins Auge, auf welche der entgegengesetzte Grundsatz führen würde [15 a]: so dürfte

---

15) Soll hier eingewendet werden, die Frage über die obligatio naturalis sey in den ersten Prozessen gar nicht in judicium deducta gewesen? Hierüber s. oben S. 27 f. Ueberhaupt wenn der Richter erkannte, es existire keine Schuld, weil sie gar nicht erwiesen sey, oder weil sie durch eine (auch die Naturalobligation zerstörende) Einrede perimirt sey oder weil ihre Tilgung z. B. durch Zahlung erwiesen sey: kann hier irgend angenommen werden, daß dieß blos als ein Erkenntniß über die Klagbarkeit der Forderung, nicht aber über ihren ganzen Bestand gelte? Hiernach wäre es ja für den Beklagten unmöglich gewesen, sich irgend vollständig durch ein Urtheil zu sichern. Hätte die res judicata bei Obligationen durchweg eine so beschränkte Wirkung gehabt, wodurch ihre ganze Bedeutung alterirt worden wäre: so müßte Dieß doch in den Titeln de exc. rei jud. in irgend einer Weise angedeutet seyn. Nirgends findet sich aber in denselben eine solche Andeutung.

15 a) Von diesem Gesichtspunkte aus wird nun auch von Flach in der Gießn. Zeitschr. Bd. XIX S. 397—404 die Fortdauer einer Naturalschuld bestritten, und ich freute mich sehr, meine auf den praktischen Standpunkt gestützte Bedenken auch von einem tüchtigen und vielerfahrenen Praktiker bestätigt zu sehen (die Abhandlungen dieses ganzen Heftes hatte ich schon am Schlusse des Jahres 1844 geschrieben, gebe sie aber nun erst am Schlusse des Jahres 1845 mit einigen Nachträgen in den Druck). Namentlich wird auch von Flach meine

man sich um so mehr überzeugen, daß mit eigentlicher Rechtskraft eines Urtheils ein solches Bestehenbleiben einer Naturalobligation unvereinbar ist, und um so mehr bezweifeln, daß das Röm. Recht, namentlich das spätere kaiserliche Recht, eine solche Beschränkung der Rechtskraft irgend wollen konnte; läugnet man aber diese Consequenzen theilweise, wie es manche Vertheidiger des Fortbestandes der Naturalobligation thun: so geben sie dadurch in der That zu, daß doch eigentlich ihr Grundsatz nicht haltbar sey.

Dieser Grundsatz würde nämlich dahin führen, daß ein in höchster Instanz rechtskräftig gefälltes Urtheil sehr häufig durch ein unterrichterliches Urtheil wieder umgestoßen werden könnte, daß überhaupt die einen angeblichen Schuldner freisprechenden Urtheile der höchsten Instanz immer wieder der Cognition des Unterrichters unterstellt werden könnten, daß eigentlich durch ein rechtskräftiges Urtheil der Streit in Wahrheit gar nicht beendigt würde, indem der abgewiesene Kläger, sobald er in die Lage kommt, den Anspruch, mit dem er abgewiesen wurde, in der Form einer Einrede oder Replik geltend zu machen, dieß stets wieder thun, in manchen Fällen sogar auch in der Form einer Klage thun könnte, und dieß gleichviel, ob der Beklagte mit Recht oder mit Unrecht freigesprochen wurde; denn dieß müßte ja erst durch das neue Urtheil festgestellt werden; das frühere Urtheil würde in dieser Beziehung gar nichts gelten! Diese Consequenzen sind ganz unläugbar und ich will sie nur in einigen Beziehungen näher beweisen:

1. Wenn ein mit Unrecht rechtskräftig freigesprochener Schuldner noch naturaliter obligirt bliebe: so würde, wenn für die Schuld ein Pfand bestellt wäre, das rechtskräftige absolutorische Urtheil über die Schuld in der Regel so gut als gar nicht ge-

oben S. 137 geäußerte Voraussetzung bestätigt. Er sagt: „In einer 30jährigen Verwaltung des Richteramts in der ersten zweiten und höchsten Instanz ist mir kein Fall vorgekommen, wo auch nur der Versuch gemacht worden wäre, eine rechtskräftig abgewiesene Forderung von Neuem als Compensationseinrede geltend zu machen; auch erinnere ich mich nicht, je ältere Acten gesehen zu haben, worin dieses vorgekommen wäre."

geben, großentheils bedeutungslos seyn. Denn der Gläubiger könnte, da die Schuld als Naturalschuld fortdauern würde und bei der Existenz einer Naturalschuld die bestellten Pfandrechte gültig bleiben, sofort nun doch das Pfand angreifen und, wenn der Beklagte sich auf das rechtskräftige Urtheil berufen würde, nach welchem seine angebliche Schuld gar nicht existire, somit auch kein Pfandrecht bestehen könne, diesen Einwand durch die Erwiederung abweisen, daß der Beklagte mit Unrecht absolvirt worden und deßhalb noch naturaliter obligirt geblieben sey, somit nach **D. XX, 1 de pignoribus** *l.* 14 § 1 (**Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit.**) das Pfand noch fortbestehe. Nun müßte über die Frage, ob denn der Schuldner mit Recht oder mit Unrecht absolvirt worden sey, also über dieselbe Frage, welche schon rechtskräftig in höchster Instanz entschieden worden ist, von Neuem verhandelt und entschieden und, wenn das Gericht die Ueberzeugung erhalten würde, daß der Schuldner mit Unrecht absolvirt wurde somit seine Naturalobligation noch bestehe, er zur Herausgabe des Pfandes verurtheilt werden, so daß also durch das Gericht erster Instanz (bei welchem die hypothecaria actio anzubringen war) auf diese Weise das rechtskräftige Urtheil des höchsten Gerichts einer Beurtheilung unterworfen und im Wesentlichen umgestoßen werden könnte. Wollte man auch dagegen einwenden, daß ein für eine Naturalschuld bestehendes Pfand nicht klagbar verfolgt werden könne, daß hier die actio hypothecaria nicht stattfinde, wie dieß allerdings Manche behaupten (was aber entschieden unrichtig ist): so würde doch das Resultat ganz dasselbe seyn, sobald der Gläubiger das Pfand besitzt; er könnte sich nun wegen einer rechtskräftig aberkannten Schuld durch den Verkauf des Pfandes bezahlt machen oder, wenn der Schuldner unter Berufung auf das rechtskräftige Urtheil, weil dadurch auch die Sache vom Pfandnexus befreit worden sey, die Pfänder zurückfordern wollte, excipiendo auf die Naturalobligation sich berufen und dadurch die Entscheidung des Obergerichts auf die angegebene Weise zur untergerichtlichen Cognition und Entscheidung bringen.

2. Wenn Jemand, welcher auf Bezahlung einer Geldschuld belangt, in höchster Instanz rechtskräftig freigesprochen wurde, später gegen seinen früheren Gegner aus irgend einem Grunde eine Forderung auf eine Geldsumme erwirbt und gegen diesen nun auf Zahlung derselben klagt: so könnte, wenn man den Grundsatz zugibt, daß ein mit Unrecht Freigesprochener naturaliter obligirt bleibe, dieser Beklagte die Forderung, mit der er rechtskräftig abgewiesen wurde, excipiendo zur Compensation bringen (D. XVI, 2 de compens *l.* 6), und dann hätte das Gericht erster Instanz, bei welchem der Absolvirte seine Klage anbrachte, wieder zu erkennen, ob das Obergericht, welches rechtskräftig im ersten Prozesse erkannt hatte, Jenen mit Recht oder mit Unrecht absolvirt habe, und darnach die Compensation abzuschlagen oder zuzulassen, und darüber hätte es zu erkennen, mag nun Jener mit Recht oder mit Unrecht vom Obergerichte absolvirt worden seyn. Denn dieß ist ja die Frage, von der die Zulässigkeit der exceptio compensationis abhängt und die jetzt erst entschieden werden müßte, und so würde wieder das Untergericht über das Urtheil des höchsten Gerichtes zu Gericht sitzen und würde noch einmal über eine rechtskräftig entschiedene Frage (ob der früher Belangte hätte absolvirt werden sollen oder nicht) entscheiden. Aber selbst dadurch wäre die Sache noch nicht einmal zu Ende. Denn nehme man z. B. an, das Untergericht absolvirt im zweiten Prozesse den Beklagten, weil es annahm, im ersten Prozesse sey unrichtig entschieden worden und die Einrede der Compensation sey somit begründet, und der Kläger läßt das Urtheil rechtskräftig werden: so würde, wenn jene Annahme unrichtig wäre, der im zweiten Prozesse Absolvirte doch noch naturaliter verpflichtet bleiben, so daß dieselbe Frage in einem dritten Prozesse wieder zur Sprache gebracht und einem neuen richterlichen Urtheile unterstellt werden könnte, obwohl sie schon zweimal rechtskräftig entschieden war.

Ueberhaupt würde der Wirkung nach die rechtskräftige Abweisung des Klägers mit einer Klage aus einer Obligation niemals eine definitive seyn. Er könnte später bei Gelegenheit immer noch excipiendo und replicando sich gegen seinen Geg-

ner darauf berufen, Dieser sey male absolutus, und dadurch die erledigte Frage immer von Neuem zur prozeßualischen Verhandlung bringen. Verträgt sich dieß wohl mit den Aeußerungen unsrer Quellen über Rechtskraft eines richterlichen Urtheils? Oder will man alle diese und ähnliche Consequenzen läugnen? Dann gibt man den ganzen Grundsatz auf. So macht es z. B. in auffallender Weise Roßhirt. Er sagt [16]: „Bei der res judi-„cata bleibe zwar der unrichtig Absolvirte in obligatione na-„turali; es finde aber kein Prozeß mehr statt, auch „nicht von Seite des Pfandrechts, welches hier als Accession „untergehe, aber auch die Selbsthülfe finde nicht statt; „jedoch gebe es Wege der Compensation und Gegenrechnung (?), „wo man vielleicht die Sache vergleichsweise abthun „könne. Im Prozeß werde man natürlich auch hier „nicht gehört." Also eine obligatio naturalis, bei der das bestellte Pfandrecht untergeht, und die man, wenn der Schuldner nicht will, in keiner Weise mehr geltend machen kann und zu deren Schutze man im Prozesse gar nicht mehr gehört wird! Nur zu einem Vergleiche soll es bei ihr vielleicht kommen können, wobei aber freilich nicht einzusehen ist, wie der Schuldner, der hier zu gar nichts gezwungen werden kann, zu einem solchen Vergleiche sich herbeilassen soll! Es wäre dieß doch in der That eine ganz unerhörte obligatio naturalis. Denn auf diese Weise wäre jede völlig aufgehobene, jede nicht existirende Obligation eine Naturalobligation, weil man bei jedem auch noch so unbegründeten Anspruche „vielleicht die Sache vergleichsweise abthun kann." Roßhirt sagt auch am Schlusse: „Im Ganzen „ist daher diese obligatio naturalis von keiner großen Bedeu-„tung". Richtiger aber würde man bei seiner Ansicht sagen: im Ganzen und im Einzelnen ist dieselbe von gar keiner Bedeutung.

Nach unsrem Rechte wird man deßhalb an dem Grundsatze festzuhalten haben: Wenn Jemand wegen einer Schuld belangt und rechtskräftig deßhalb freigesprochen wird, weil er nichts schuldig sey: so gilt der Inhalt dieses Urtheils, sofern kein außer-

---

16) Gemeines Civilr. Th. II S. 246.

ordentliches Rechtsmittel gegen dasselbe zulässig ist, unumstößlich und seiner ganzen vollen Bedeutung nach als formelle Wahrheit, nach welcher die Partheieen in allen ihren Beziehungen zu behandeln sind; die Schuld ihren civilen und naturalen Bestandtheilen nach, die ganze Schuld überhaupt in jeder Beziehung ist als nicht existirend anzunehmen, und die Frage, ob der Beklagte mit Recht oder mit Unrecht freigesprochen wurde, kann nicht einem neuen Prozesse unterworfen werden.

---

## Druckfehler und Nachträge.

---

### Zum ersten Hefte:

Zu S. 68 ist zu vergleichen Erörtt. H. III S. 132 f.

S. 70 ist im Texte und in der Note 3 statt „s. mein Handb. Bd. II § 63" zu setzen: „s. Erörtt. H. III S. 106 f. 131 f.

S. 136 Note 7 Linie 9 ist statt Bewerber zu lesen Erwerber.

S. 137, S. 161 Not. 23, S. 165, 166 ist statt „Handb. Bd. II § 60" zu setzen: „Handb. Bd. II § 56".

S. 254 ist statt „Handb. Bd. II § 53" zu setzen: „Handb. Bd. II § 76".

### Zum zweiten Hefte:

S. 25 Linie 11 von unten ist statt „Note 40" zu setzen: „Note 39".

### Zum dritten Hefte:

Zu S. 11. Es ist natürlich hier nur von solchen dilatorischen Einreden die Rede, welche die Sache selbst betreffen, nicht von solchen, welche rein prozeßualischer Natur sind, wie z. B. die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts. Ueber Einreden der letzteren Art s. v. Savigny System V § 227 Not. u, v.

Zu S. 96, 99. Das hier über die Unterbrechung der Verjährung des Rechts auf Privatstrafe wegen Injurien nach Württembergischem Rechte kurz Angedeutete ist, um mögliche Mißverständnisse auszuschließen, genauer dahin zu bestimmen:

Bei dem Rechte auf Privatstrafe wegen Injurien ist nach Württ. Rechte eine doppelte Unterbrechungsart der Verjährung zu unterscheiden:

1. eine uneigentliche Unterbrechung, welche blos eine Verlängerung der Verjährungszeit zur Folge hat. Es wird nämlich die zweijährige Verjährung des Rechts auf Privatstrafe (welche von der verübten That an zu laufen beginnt) schon durch das Anbringen der Klage gegen den Thäter, oder falls der Thäter dem Verletzten unbekannt ist, durch die Anzeige der That bei dem Gerichte in der Art unterbrochen, daß sie nun in eine fünfjährige sich verlängert. Allein diese 5 Jahre sind nicht von der Zeit des Anbringens der Klage oder der gerichtlichen Anzeige, sondern von der Zeit der verübten That an zu rechnen, so daß also die Verjährung ungeachtet des Anbringens der Klage ꝛc. fortlauft, aber mit verlängertem Zeitraume, d. h. wenn innerhalb der 2 Jahre von der That an die Klaganstellung beziehungsweise die gerichtliche Anzeige erfolgt: so lauft nun eine von der Verübung der Injurie an zu berechnende Verjährung von fünf Jahren (Ges. üb. d. privatrechtl. Folgen d. Verb. Art. 17 vrgl. mit StrafG.B. Art. 130 Nr. 3 Lit. a).

2. Die eigentliche Unterbrechung. Wird innerhalb der letztgenannten Zeit (der 5 Jahre, falls sie durch Klaganstellung beziehungsweise durch gerichtliche Anzeige innerhalb der ersten 2 Jahre gewahrt wurden) die Klage dem Beklagten zur Verantwortung mitgetheilt: so tritt nun eine eigentliche Unterbrechung der Verjährung in der Weise ein, daß, wenn der Prozeß später liegen bleibt, eine von der letzten gerichtlichen Handlung (in dem S. 36 Not. 40 unt. näher bezeichneten Sinne) an zu berechnende Verjährung von 5 Jahren lauft (d. angef. Art. 17 vrgl. mit StrafG.B. Art. 131 Abs. 2, 4).

3. Hatte der Beleidigte gar keine Kenntniß von der That: so lauft ihm von der verübten That an eine fünfjährige Verjährung, jedoch so, daß, wenn er vor Ablauf der drei ersten Jahre Kenntniß von der That erhielt, er innerhalb zwei Jahren von dieser erhaltenen Kenntniß an klagen, beziehungsweise die That zur Anzeige bringen muß, worauf sodann das unter Nr. 1 und 2 Angeführte eintritt (d. angef. Art. 17 vrgl. mit StrafG.B. Art. 130 Nr. 3 Lit. b).

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Wächter, Carl Georg <<von>>,

Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte

Bd.: 3

Stuttgart 1846

J.rom.m. 524 ha-1/3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567235-0